Exhibit R-128

Ortiz, E., THESIS OF ADMINISTRATIVE LAW Volume II.
(excerpts)

2002

TESIS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo II

EDUARDO ORTIZ ORTIZ

BIBLIOTECA
CONSULTORES EN
DERECHO PUBLICO
C.J.: 3-101-284820

TESIS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II

edición 2002

Stradtmann
EDITORIAL

BIBLIOTECA JURIDICA DIKE

342.01
0775t.v2
2002

I.S.B.N. 958-8075-58-0

© Eduardo Ortiz Ortiz

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Distribución:

Costa Rica
Ctl telefónica (506) 280 62 82 - Fax (506) 280 84 54
Correo electrónico: amilano@cdp.co.cr
Apartado postal 2430-2050
Dirección física: Bo. Dent. Edificio Santiagomillas, 6to piso
Ubicado detrás del Automercado de Los Yoses
Oficinas de Consultores en Derecho Público, s.a.

Medellín - Colombia, calle 34 B Nº 65 D 71
Telefax: P.B.X. 3516161; apartado aéreo 51838
e-mail: dike@epm.net.co

Santafé de Bogotá D.C. Librería
Carrera 6ª Nº 13-11; teléfonos 336 55 37 y 286 03 42
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Sede San José de Costa Rica. Barrio Naciones Unidas
100 metros este y 75 sur del Colegio Seminario
Teléfono 226 31 72; fax 226 31 95

TESIS XV

SITUACIONES JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS

1. SITUACIONES OBJETIVAS Y SUBJETIVAS. CONCEPTO Y TIPOS

El Derecho es un orden o conjunto de normas hipotéticas, porque regulan la conducta en la hipótesis de que el hombre se halle colocado en una determinada situación de hecho. Cuando ésta se realiza, la norma se aplica, por lo que se entiende que se atribuyen al hombre las posiciones que la ley considera debidas, de su parte frente a su conducta o a la ajena. Llámense situaciones jurídicas subjetivas estas posiciones que consisten en una relación del hombre con la norma por virtud de la cual aquél resulta normativamente habilitado o imposibilitado para hacer o no hacer algo frente a los demás. La calificación de subjetivas alude al objeto de estas posiciones, que es la conducta de un sujeto determinado autorizada y prohibida por la norma.

Con ello, éstas se distinguen de las llamadas situaciones objetivas, que son la relación de un hecho con la norma cuya aplicación condiciona por virtud de la cual aquél adquiere la naturaleza jurídica que le permite producir –una vez realizada–, las otras situaciones subjetivas que se analizan. Hay una situación jurídica objetiva, en otras palabras, siempre que un hecho realizado reúne las características que lo capacitan para producir un efecto de Derecho de acuerdo con la norma.

Los dos tipos principales de situaciones jurídicas objetivas son las cualidades y los estados jurídicos; ambos integran, como quedó expresado, el hecho a que se refiere la hipótesis legal, que la doctrina latinoamericana, llama el "supuesto jurídico". Esto significa que el derecho define esas hipótesis empleando calificaciones de ser que atribuye a las personas, los actos, los comportamientos o las cosas, o a las relaciones de uno con otro cualquiera de esos elementos, como si describiere la realidad en que habrá de aplicarse, al modo de una ley natural,

y no como verdadera norma que prescribe el deber ser de la conducta. Las notas que atribuye a los elementos integrantes del supuesto, otorgan a éstos un modo de ser jurídico, que es el que les confiere la norma misma, y que puede llamarse la cualidad jurídica de un objeto dentro del Derecho, lo que el mismo "es" según la ley, y no sólo lo que "debe ser". Estas cualidades implican también un mandato de la norma, en el sentido de que se deben tener como propias de un determinado objeto a los efectos de su aplicación cuando el mismo se presenta de conformidad con el esquema o descripción dado por aquélla; pero dentro del Derecho, la función de estas cualidades es calificar jurídicamente el ser de las cosas, su estado actual de existencia, y no indicar cómo debe ser la conducta.

Así por ejemplo, para adquirir el derecho a jubilación es preciso haber alcanzado la edad de 60 años dentro de un determinado régimen; el hecho de haberla alcanzado produce en el sujeto una cualidad –hombre de 60 años, jubilable–, que integra el hecho previsto por la norma para adquirir el derecho a la jubilación. O bien, la declaración de utilidad pública de una obra a realizar, (El Plan Vial) otorga a éste la cualidad de proyecto de interés público y la de "cosa expropiable" a las fincas que se reputan necesarias para su realización, cualidades indispensables para que nazca el derecho del Estado a expropiar en el caso concreto. Es posible que no sólo las cosas, los sujetos o los comportamientos, sino también los actos mismos adquieran determinadas cualidades o modos jurídicos de ser a efecto de posibilitar o impedir un efecto jurídico posterior, como ocurre cuando se habla de actos nulos, ilícitos, ineficaces, inoportunos, extemporáneos, etc. Todas estas son notas que permiten, respectivamente, la anulación posterior del acto nulo o ilícito, el perfeccionamiento mediante la aprobación o confirmación del acto ineficaz, etc.

Los estados son también cualidades y se dividen en estados y relaciones. Estas últimas no son formas de la relación jurídica, definida como el vínculo entre dos o más sujetos, mediante el cual se coordinan su conducta recíproca a través de un derecho y una obligación correlativa. Las relaciones que son situaciones objetivas no son, en otras palabras, la relación jurídica en el sentido usual del término, que siempre alude a la situación subjetiva de dos o más con derechos y obligaciones recíprocas. Las relaciones que ahora analizamos son aquel estado, de hecho o creado por el derecho mismo, que forma un supuesto para el nacimiento de esas relaciones bilaterales y subjetivas y que se traduce

en cualidades de dos sujetos, cada uno considerado por referencia al otro, que sirven de soporte a un conjunto ordenado de derechos y obligaciones entre ambos. Pueden definirse, según ello, como las cualidades de dos o más personas, dentro de una relación considerada como un hecho por la ley, a efecto de atribuir a cada una derechos y obligaciones recíprocas. Es el caso, por ejemplo, de la filiación o paternidad, de la jerarquía administrativa, de la relación social dentro de una entidad colectiva, del carácter de propietario frente al público, en el caso de los llamados derechos reales, etc. En todas estas hipótesis hay dos o más personas ligadas por una relación que el derecho asume como un supuesto de los derechos y obligaciones existentes entre ellas; padre-hijo, socio-cosocio, jerarca-subordinado, etc. En todas estas relaciones hay una serie de situaciones jurídicas en que se descompone el llamado estado de socio, de jerarca, de propietario, de padre, y que, sin embargo, no se confunden con estas mismas cualidades. Estas –como se dijo–, son el supuesto y causa de dichas situaciones, pero no se identifican con ningún derecho ni ninguna obligación en particular.

Así el jerarca, por serlo, puede dar órdenes, revocar actos del inferior, imponer sanciones disciplinarias, pero su calidad de tal no depende, ni se identifican con ninguna de estas potestades en particular, sino que radica exclusivamente en su intrínseca superioridad administrativa de la cual automáticamente emana todas las otras posibilidades de acción indicadas; y lo mismo podría decirse de las potestades del padre para educar a sus hijos (formarlos, disciplinarlos, representarlos, administrar sus bienes, etc.), que nacen todas del hecho fisiológico, puro y simple, de la concepción, que otorga la calidad de progenitor e impone todos los deberes del padre. Padre no es –como en literatura se dice– el que educa sino el que concibe, aunque no eduque nada; jerarca no es el que manda y vigila, sino el que es superior en grado, aunque sea mandado y permita la irregularidad de sus inferiores. Estas cualidades de superior jerárquico y de progenitor o padre, que no depende del ejercicio del derecho que otorgan ni se confunden con ninguno de ellos, sino que los preceden y causan, son un ejemplo de la llamada relación de hecho como situación objetiva.

Similar pero más restringido resulta el concepto de estado, en sentido estricto, que algunos llaman también *status*. Se entiende por tal, la cualidad de un sujeto como perteneciente a un grupo, de la que nace –para todos los que la tienen–, un conjunto igual e irrenunciable de

derechos y obligaciones. Es estado, en este sentido restringido, el de ciudadano, el de hijo de familia, el de miembro de un municipio, etc. Generalmente se considera que la comunidad, cuya pertenencia sirve para fijar el Estado, ha de ser de las llamadas necesarias, en cuanto esta pertenencia es obligatoria y depende de un hecho jurídico independiente de la voluntad del calificado como miembro; así con la nacionalidad o ciudadanía, porque la pertenencia al Estado y al CE, respectivamente, no depende normalmente de un acto de voluntad del costarricense ni del elector, sino de haber nacido en CR (o de ser hijo de costarricense) y de haber alcanzado la edad de 20 años. Pero en todo caso, es posible comprender dentro del concepto también, la cualidad de perteneciente a una entidad colectiva voluntaria y hablar de estado de socio, de estado de sindicato, de empleado público, etc.

Es decisivo observar, desde ahora, que muchos de los llamados derechos reales, no son otra cosa que cualidades o relaciones de hecho, asumidas por el Derecho como supuestos para la atribución de derechos y obligaciones. Tener un derecho de propiedad, en otras palabras, es fundamentalmente tener la calidad de propietario y a título de tal, derechos y obligaciones varios que no se confunden con esa calidad, así como ocurre con la calidad de jerarca o de padre frente a los derechos y obligaciones a ella adscritos, según se explicó. Los derechos reales en otras palabras no son situaciones jurídicas subjetivas (consecuencias o efectos jurídicos) sino objetivos; y consisten casi siempre en una cualidad de un sujeto que sirve de soporte a una serie de derechos y obligaciones de diversa naturaleza y estructura, como se verá posteriormente.

En síntesis, puede afirmarse que las situaciones jurídicas objetivas son las cualidades y relaciones de hecho, o asumidas como de hecho por la norma, correspondientes a sujetos, cosas, actos o comportamientos, que representan el modo de existencia de unos y otros, dentro del derecho, a los efectos de hacer nacer las situaciones jurídicas subjetivas, también llamadas consecuencias o efectos jurídicos. Se trata, en otras palabras, de la relación entre la ley y el supuesto o hecho jurídico, que permite a este último llegar a ser tal en la realidad y producir las consecuencias o efectos de Derecho.

2. LA RELACIÓN JUR OBLIGACIÓN

Una autorizada doctri del Derecho. La bilatera ma regula la conducta h se implican mutuament jeto para hacer algo, y o obliga a otro a hacer alg que, como se dijo, amba está formulada, de modc poder, se impone implíc La regulación de una cor sujeto al mismo tiempo conducta de ambos, de ble la del derecho habie

"La referencia (de la n ca una referencia corr deber, supone el otorg del mismo modo que a otro (u otros), el del tisfacción de las faculi regulación bilateral es sor tiene el derecho d el obligado debe asur tisfacción de las facul
Lógica del Juicio Juri

De acuerdo con est ducta humana se da sie sujetos, por virtud de la hay otro –frente a él–, que el primero pueda *nes*". Un derecho sin habiente, son jurídicam

"Relación Jurídica, es recho) establece entr ducta y el (o los) obli cio y cabal satisfacci recho)" (Eduardo GA

2. LA RELACIÓN JURÍDICA, EL DERECHO SUBJETIVO Y LA OBLIGACIÓN

Una autorizada doctrina sostiene la bilateralidad como nota esencial del Derecho. La bilateralidad de la norma jurídica significa que la misma regula la conducta humana mediante el empleo de dos juicios que se implican mutuamente, uno llamado atributivo, que faculta a un sujeto para hacer algo, y otro llamado prescriptivo, que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. Lo característico de la bilateralidad está en que, como se dijo, ambas normas se implican, aunque sólo una de ellas está formulada, de modo que siempre que se atribuye expresamente un poder, se impone implícitamente a otro un deber conexo, y viceversa. La regulación de una conducta sólo es jurídica, según ello, si obliga a un sujeto al mismo tiempo que faculta a otro, y lo hace coordinando la conducta de ambos, de modo que la del obligado sirve para hacer posible la del derecho habiente, o por lo menos para no hacerla imposible.

> *"La referencia (de la norma jurídica) a cada uno de los sujetos implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber, supone el otorgar al otro, el derecho de exigir el cumplimiento; del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro (u otros), el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor ... La fórmula completa de la regulación bilateral es la siguiente: dado el hecho jurídico, el pretensor tiene el derecho de observar cierta conducta y, correlativamente, el obligado debe asumir la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor"* (Eduardo GARCÍA MAYNEZ, Lógica del Juicio Jurídico, págs. 37 y 47).

De acuerdo con esta concepción, la regulación efectiva de la conducta humana se da siempre bajo la forma de relaciones jurídicas entre sujetos, por virtud de las cuales cuando uno tiene un derecho siempre hay otro –frente a él– , que tiene un deber cuya función es hacer posible que el primero pueda obtener una *"cabal satisfacción de sus pretensiones"*. Un derecho sin un sujeto obligado, o un deber sin un derecho habiente, son jurídicamente inconcebibles.

> *"Relación Jurídica, es el vínculo que la disposición atributiva (del derecho) establece entre la persona a quien se permite tal o cual conducta y el (o los) obligados a observar las que hacen posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor (dueño del derecho)"* (Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pág. 178).

O más breve: relación jurídica es el vínculo entre dos sujetos, establecido por una norma jurídica, que permite realizar una conducta y simultáneamente prohíbe a otra toda conducta que pueda impedir la primera.

Dentro de la relación jurídica, así definida, los sujetos guardan dos clases de posiciones respecto de su conducta propia: o les está autorizada, o les está prohibida, siempre en relación con otro sujeto. La relación jurídica se da, entonces, entre dos posiciones de los sujetos relacionados, una favorable y otra desfavorablemente, que consiste en una prohibición, ambas coordinadas para hacer posible su simultáneo cumplimiento.

> *"Derecho subjetivo es la posibilidad, concedida a una persona por una norma, de hacer u omitir lícitamente algo....En el derecho subjetivo la forma consiste en la permisión de un comportamiento, o el contenido en lo que en cada caso el título puede lícitamente hacer o no hacer"* (Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pág. 147).

> *"El deber jurídico, es la restricción de la libertad exterior de una persona, deriva de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una acción o una omisión...El deber jurídico restringe la libertad de acción del obligado en cuanto le niega el derecho de omitir la conducta prescrita o el de ejecutar la prohibida, y sólo le concede el de hacer lo que le mande omitir o el omitir lo que le veda"* (Eduardo GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.*, pág. 148).

Esta última definición de deber jurídico, centrada en la idea de restricción a la libertad, es criticable porque indica cuál es el efecto del deber sobre la libertad, pero no dice en qué consiste el deber (Oscar MORINEAU, El Estudio del Derecho pág, 159). Una definición más precisa puede darse diciendo que el deber es "*la necesidad jurídica de observar una cierta conducta*" y que "*esta necesidad significa la eliminación de toda posibilidad de elección respecto de esa conducta*" (Sebastiano CASSARINO, Le Situazione Giuridiche, pág. 15 y 16), lo que lleva directamente a la idea de prohibición, como esencia positiva del deber.

Si hay un deber cuando hay la posibilidad de realizar una conducta y sin ninguna alternativa, de modo que la misma es la única autorizada en el caso concreto, puede decirse que hay un deber cuando una conducta está autorizada y está simultáneamente prohibida su omisión. Hay un derecho cuando está autorizada y permitida su omisión.

La doctrina mexicana –de extraordinario desarrollo en la materia–, ha elaborado los conceptos de derecho de libertad y de derecho de ejercicio obligatorio para afinar más aún la distinción entre derecho y deber, y separarlos de toda figura conexa. Así, el derecho es la posibilidad fundada en la norma jurídica de realizar una conducta, pero es de ejercicio facultativo cuando va acompañado de otra posibilidad distinta, que es la de optar entre esa realización o su omisión; a esta posibilidad adicional se ha llamado derecho de libertad, derecho de opción, y se da siempre que un sujeto puede no sólo hacer sino también dejar de hacer, a su gusto. Hay un derecho de ejercicio obligatorio, en cambio, cuando la posibilidad de realizar una conducta, que es la esencia del derecho subjetivo, va acompañada de la prohibición de omitirla, en términos que el individuo está en la necesidad de realizarla. Su derecho existe porque puede hacer algo, pero va acompañado de un deber, porque no puede, le está prohibido dejar de hacerlo.

Este afinamiento ha servido para enunciar el meollo irreductible del deber. El deber no corresponde a lo que está ordenado o impuesto, sino a lo que está prohibido. La restricción de la libertad apuntada como esencial del mismo, positivamente corresponde a la prohibición de hacer algo, a la imposibilidad jurídica de hacerlo. Hay una restricción de la libertad, porque hay algo que no se puede hacer, que es la omisión de una conducta autorizada.

Según este resultado, pueden darse las siguientes definiciones del derecho subjetivo y del deber: es derecho subjetivo la autorización (de conducta), dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. Es deber la prohibición (de conducta) impuesta por la norma jurídica, que produce en el sujeto la necesidad jurídica de no hacer algo o la imposibilidad de hacerlo.

Creemos que el descubrimiento de los derechos de libertad y de los de ejercicio obligatorio permite afinar conceptos lógicos, pero resulta prácticamente irrelevante. Para efectos de definir el derecho subjetivo y el deber puede fundirse aquél con la libertad, y el deber con el ejercicio obligatorio del derecho. Es decir, pueden bien definirse estos conceptos como sigue: derecho subjetivo es la posibilidad normativa de optar entre la realización o la omisión de una conducta; deber jurídico es la necesidad de realizar una conducta, sin alternativa jurídica alguna.

3. CLASES Y NOTAS DEL DERECHO SUBJETIVO

Lo más característico del derecho y de la obligación es su carácter bilateral y correlativo. Este significa que hay una coordinación entre las conductas objeto del derecho y de la obligación de la que nace un bien para el titular del derecho. Como dice la definición de GARCÍA MAYNEZ citada "*el obligado debe asumir (la conducta) que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor.*"

Las facultades, entendidas como autorizaciones de conducta, no se satisfacen ni son susceptibles de serlo; la satisfacción siempre es de un interés y el único dueño posible del mismo es el sujeto, y no la conducta autorizada. Esto no significa que la definición anterior incluya al interés como objeto del derecho o del deber, sino que lo acepta como el fin de uno y otro.

El objeto es aquello a que se refiere la autorización o la prohibición de conducta, y está siempre constituido por la conducta autorizada o prohibida. Pero el fin es aquella modificación que la conducta puede introducir en la vida social, y está siempre constituido por un fin humano, que tiene que ser un interés. El motivo que lleva a la ley a conferir un derecho es la suposición de que el sujeto titular puede llegar a tener una necesidad que se satisfaga con la conducta que es objeto del mismo. La relación supuesta entre esta conducta y esa necesidad, que es el interés legal, desempeña la función de fin del derecho subjetivo, inconfundible con su objeto.

Para hacer posible esa conducta, la norma no sólo debe autorizarla sino, además, prohibir toda aquella que la haga imposible y crear el deber correlativo.

El fundamento del deber –en el orden de las preferencias–, está en el derecho subjetivo, el deber nace para hacer posible la conducta autorizada que satisface las necesidades humanas. El fin de la norma, de la relación jurídica y de los derechos y deberes todos, es conectar al hombre con el mundo de los intereses y los valores, y permitirle la vida de relación.

Con este fin, el derecho sólo puede autorizar la conducta propia del sujeto autorizado a prohibir la conducta propia del obligado, es imposible que la autorización tenga por objeto la conducta del obligado y no la del derecho habiente. No hay ni puede haber, en otras palabras, un

derecho que consista –como afirma un egregio autor (Oscar MORINEAU, *op. cit.*, págs. 134, 138, 263, 277 y sgtes.)–, en autorizar en favor del dueño del derecho la conducta del obligado. Esto sólo puede querer decir, o bien que el dueño del derecho está capacitado para realizar la conducta del deudor, lo que implica que el objeto de su derecho es una conducta propia, la de exigir el cumplimiento del deber. La norma, en consecuencia, sólo puede contemplar dos tipos de situaciones en correlación: la autorización a la conducta propia, o la prohibición de la propia conducta. Todos los derechos son autorización a la conducta propia y todos los deberes son prohibiciones de la conducta propia.

Desde este punto de vista, a todo derecho hace frente un deber general de abstenerse de perturbar la conducta ajena. Este deber negativo acostumbra fórmulas con la vieja regla de que "*nadie puede causar injustamente daño a otro*", equivalente del latino "*naeminem non laedere*", "*no dañarás a nadie*". Ante la posibilidad genérica de desarrollar la conducta propia, sólo hay el deber genérico a cargo de todo el mundo de no impedir la conducta ajena autorizada.

Esta genérica correlación de derecho y deber puede ajustarse aún más cuando la conducta autorizada se refiere a una cosa determinada, que les está sometida. El deber genérico de no perturbar –sin transformarse–, se concreta algo más y aparece como la prohibición de perturbar a un propietario determinado en relación con una determinada cosa. Pero, evidencia de que este deber de abstención frente a la cosa siguen siendo el mismo que se da también frente a la actividad ajena autorizada, no referida a ningún bien determinado, es que puede violarse no sólo atacando la integridad del bien, sino impidiendo su explotación por el propietario. La posibilidad de la conducta de éste integra el derecho de propiedad mucho más que la cosa misma que es su objeto. Ante la propiedad sólo hay un deber genérico de no dañarla, igual al consagrado por el artículo 1045 CC, cuando dice que será responsable todo aquél que cause un daño a otro por su dolo o culpa.

Finalmente, es posible que la conducta propia que es el objeto del derecho, se halle determinada por el sujeto obligado ante el que se da, y no ya por una cosa a ella sometida. Son estos derechos determinados por el sujeto pasivo, los que MORINEAU ha definido como autorizaciones de la conducta ajena, y en fórmula poco feliz. Los derechos frente a un sujeto determinado son siempre y sólo pueden ser derechos a la propia conducta, exactamente como los derechos frente a un sujeto indeterminado. Pero, en el caso de aquéllos, la única característica que puede

descubrirse es la de que la conducta objeto del derecho es muy peculiar, y consiste en la recepción y disfrute de una conducta ajena.

Estos derechos determinados por el sujeto pàsivo del deber correspondiente, que se llaman relativos, no autorizan otra conducta propia que la puramente pasiva de recibir la conducta ajena. La facultad de exigir el cumplimiento o prestación de esta última, queda reducida a la platónica posibilidad de decirle o avisarle al deudor que debe pagar porque su obligación está vencida, salvo que se la identifique con el derecho mismo de acción judicial, en realidad enteramente independiente. La tentativa ensayada por un famoso autor (Francesco CARNELUTTI, Teoría del Derecho, pág. 127) de construir el derecho relativo como la potestad de ordenar al deudor el cumplimiento de su deber, en interés de quien manda, queda totalmente sin base cuando se piensa que esa orden sería inútil e innecesaria, porque la obligación que produciría estaría ya impuesta directamente por la ley o, en general, por el acto causa de la obligación misma, sentencia, contrato, acto administrativo, etc. Aunque el derecho habiente nada ordene ni mande al respecto, la ley, el contrato, la sentencia o el acto administrativo, impondrían igualmente el cumplimiento del deber.

En el caso de los derechos relativos, hay un estrecho condicionamiento a la conducta ajena, objeto del deber correlativo. Esa estrecha relación consiste en que la conducta propia no se puede dar ni ejercerse el derecho, mientras no se de la conducta ajena, objeto del deber. El cumplimiento de éste, en otras palabras, es la condición para el ejercicio del derecho relativo.

En sentido amplio, la bilateralidad del derecho cubre todas estas hipótesis, pero estrictamente concebida sólo puede referirse a los derechos relativos. Toda posibilidad de acción, cualquiera que sea, es correlativa de una prohibición que tiene por fin hacer posible la plena realización de aquélla, deber que es el genérico *naeminen non laedere* a favor de todos y a cargo de todos. El mismo se traduce sólo en una abstención y sólo influye en el ejercicio del derecho correlativo, eliminando el obstáculo que puede impedirlo, pero no poniendo una condición indispensable para hacerlo posible. Dado este carácter negativo y, sobre todo, esta total independencia entre el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, en genérica relación no puede reputarse seriamente una forma de bilateralidad. Cabe afirmar decididamente, al menos, que la misma puede reputarse tal únicamente dentro del campo

de la Filosofía del Derecho, pero no dentro de una disciplina jurídica particular –como la nuestra–, porque ahí es totalmente irrelevante a efecto de revelar en qué consiste positivamente el derecho envuelto en esa vaga y negativa forma de bilateralidad.

Dentro del Derecho Positivo y para efectos prácticos, la bilateralidad jurídica debe reducirse a los casos de existencia de un derecho relativo, determinado por el sujeto pasivo del deber correspondiente.

Puede extenderse la bilateralidad jurídica, a lo sumo, a los derechos a una conducta propia, determinada por razón de la cosa a que se refiere; que sirve simultáneamente para particularizar respecto de ella la conducta general de abstención y de respeto a cargo de todos los demás.

La relación jurídica, en sentido estricto, debe considerarse existente únicamente, en caso de los derechos relativos, a lo sumo, en el de los derechos sobre una cosa determinada, por todo lo ya explicado. La correlación que se da entre el dueño de un derecho a una actividad propia, totalmente indeterminada desde el punto de vista de las cosas o de los sujetos a que se refiere, y el sujeto del deber correlativo de no impedir que esa conducta se lleve a cabo, es tan vaga e inefectiva, que no debe reputarse verdadera relación jurídica.

Las anteriores afirmaciones no contradicen el carácter jurídico del derecho subjetivo, si se considera:

i. Que una indeterminada relación entre derecho y deber queda siempre admitida, a modo de confirmación de esa bilateralidad, siempre que se acepte que en muchas ocasiones (derechos absolutos y reales) el deber correspondiente tiene por objeto una mera abstención de impedir la conducta ajena, igual frente a todo posible derecho y no adecuado al contenido específico de cada una de las posibilidades de acción en que este último consiste;

ii. Que, en tales casos, es posible explicar el carácter jurídico del deber, incluso si se admite que el mismo no integra una relación bilateral, y evitar su identificación con el deber moral, acudiendo a la idea de lo positivo. Se entiende por positividad el hecho de que la norma derive su validez de acto de autoridad social, o de un proceso humano de creación del derecho, regulado por otra norma. La validez de una norma jurídica y de las situaciones objetivas o subjetivas que de ella se

derivan, depende, según ello, de que la misma pueda referirse a otra norma anterior que regula su proceso de creación, y así indefinidamente hasta alcanzar la norma primera en el tiempo, de la cual dependen todas las demás: la Constitución (teoría kelseniana de la pirámide jurídica). Esto significa que lo distinto del derecho como orden y como norma, y de las situaciones jurídicas, es el hecho de estar fundadas en otras normas que regulan su creación, mediante la disciplina de un proceso desarrollado por el hombre cuya voluntad se estima superior a la de los otros para ese efecto; estos hombres son los gobernantes. No la bilateralidad, que eventualmente puede faltar, sino la positividad así entendida, como el carácter puramente formal del derecho en razón de su origen humano y del procedimiento para su creación, es lo que viene a ser nota esencial del derecho.

De conformidad con lo dicho, hemos encontrado tres tipos fundamentales de derechos, todos a la conducta propia, a saber:

i. Los que se dan fuera de una relación jurídica, que desde ahora llamaremos facultades y que se caracterizan por una indeterminación, desde el punto de vista tanto del sujeto pasivo como del objeto a que se refieren.

ii. Los que se dan dentro de una relación jurídica y que se pueden dividir en:

a) determinados por razón de la cosa a que se refiere el derecho, y se llaman reales;

b) determinados por razón del sujeto pasivo del correspondiente deber, que se llaman relativos o personales.

Notas comunes a todos son las siguientes:

i. Su objeto es siempre una conducta material y voluntaria, que sirve directamente a un fin personal del derecho habiente. Su función es, según se dijo, proveer a las necesidades de la convivencia; y de la misma puede deducirse el carácter material apuntado como único apto para procurar esa satisfacción en forma inmediata.

ii. La conducta autorizada, en razón de su carácter puramente material, es ineficaz para alterar la esfera jurídica (de intereses o de derechos) de otros sujetos, concreta y especialmente del obligado. El hombre que

camina y respira, el propietario que cultiva su fundo, el acreedor que recibe el pago, no realizan un acto capaz para producir un efecto cualquiera de derecho, ni en su patrimonio ni en el de ningún otro sujeto.

Notas diversas fundamentales son las siguientes:

i. Los derechos reales y personales pueden ser, aunque necesariamente ello no ocurra, separados de la persona que los tienen, dado el carácter limitado y determinado de las conductas que autorizan (desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo del correspondiente deber). Es decir, el titular puede renunciar a la propiedad sin perder todo su patrimonio y conservando, en todo caso, la posibilidad de adquirir otro en el futuro; puede transmitir la finca y conserva igual posibilidad además, de recibir el dinero del precio; y puede de otro adquirirla por prescripción positiva, sin que con ello padezca una total extinción de su patrimonio ni de la posibilidad de adquirirlo. Igualmente puede decirse del acreedor en relación con un determinado crédito. Los derechos reales o personales pueden ser renunciables, transmisibles, prescriptibles y agotables por su ejercicio (lo cobrado no se puede volver a cobrar, la finca vendida no se puede volver a explotar ni vender).

Las facultades o derechos indeterminados a la propia conducta material vienen a ser en cambio, una base mínima de la vida humana de relación, porque representan en realidad un solo derecho fundamental, que es el derecho a la vida y al movimiento. Su separación del titular por renuncia, transmisión, prescripción o ejercicio, significaría lógicamente la imposibilidad indeterminada y total de toda clase de acción propia, que es lo mismo que la absoluta inmovilidad. Dado su carácter fundamental o indeterminado, las facultades son irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles e inagotables por su ejercicio.

ii. En segundo lugar, los derechos o cosa determinada o frente a sujeto pasivo determinado, están siempre definidos en cuanto a su objeto por la ley o por el negocio jurídico (acto contrato) que les dio origen. Su referencia a una cosa o sujeto concretos, obliga a denominar su contenido para definir lo que se puede hacer en relación con los mismos. El principio normal en este campo parece ser el de que sólo hay derecho subjetivo (y no facultad), cuando hay un título (ley o negocio jurídico concreto) que lo confiera y lo defina.

Las facultades, en cambio, se rigen en sistemas liberales por el principio de la libertad, que afirma como permitido todo lo que no está expresamente prohibido. Se examinó ya la amplitud de este principio en relación con los fundamentos del Derecho Privado, así como cuando se explicó el contenido y límites de la actividad privada de la Administración.

Resulta importante advertir que, dado el carácter material y jurídicamente irrelevante, frente al público de la conducta objeto de la facultad (en el sentido técnico preciso enunciado), la doctrina sostiene la posibilidad de aplicar igual principio de libertad aun en el campo de la actividad pública del Estado, y permitir a éste la realización de toda clase de conductas materiales, mientras no violen leyes ni derechos, por el mero hecho de no hallarse expresamente prohibido; dado el carácter público de todos los fines del Estado y no aceptación del principio de libertad para su actividad privada, la única utilidad que la innovación tendría, sería la de permitir que el Estado ejecute toda clase de actividades materiales, no reguladas ni prohibidas, sin ninguna conexión con actos anteriores regulados; se trataría, en otras palabras, de autorizar una actividad material autónoma del Estado. Creemos que mientras la misma no viole leyes ni derechos anteriores, tal actividad y la tesis extensiva que la justifica, carecen de toda admisión.

Correlativo de la facultad es el deber, el que –según lo dicho–, no puede decirse que corresponda a un derecho en sentido estricto, como elemento integrante de una sola relación jurídica. De esta especial figura jurídica pasiva, llamada deber, a la que no corresponde un derecho, nos ocupamos de inmediato.

Correlativo del derecho es la obligación, definida como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta que condiciona o solamente hace posible la del titular del derecho correspondiente. La obligación es así, dentro del mundo de los deberes jurídicos, aquel que corresponde específicamente a un derecho real o personal, dentro de una relación jurídica concreta.

4. NATURALEZA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

La facultad, dijimos, es correlativa del deber, pero no integra con ésta una verdadera relación jurídica. En rigor, hay una sola facultad

indeterminada y un solo indeterminado deber, que corresponden respectivamente a la posibilidad jurídica de actuar y a la necesidad jurídica de no impedir la actuación ajena autorizada.

Las autorizaciones o las prohibiciones que se encuentran determinadas, desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo, dejan de ser facultades y deberes para convertirse en derechos y obligaciones, según la terminología ya explicada. Es posible que la determinación del objeto se de incluso, cuando la autorización no se refiere a la explotación y señorío sobre una cosa. Puede darse esa determinación mediante la definición clara de la conducta autorizada o prohibida, como ocurre con las llamadas garantías individuales, que abarcan los derechos a la vida, al movimiento, a la libre expresión intelectual y religiosa, etc., y que se refieren a aspectos más o menos generales de la vida humana. La doctrina sostiene que, en esta hipótesis, hay un verdadero derecho y no una mera facultad, en razón de estar específicamente determinada la forma de actividad que es objeto de la autorización. Cabe observar, sin embargo, que en tanto se conciba a las garantías individuales como derechos absolutos, que se dan frente a todo el mundo y no únicamente frente al Estado, las mismas no son sino formas de actuación tácitamente permitida, en cuanto no están expresamente prohibidas. Si la Constitución nada dijera al respecto, el hombre tendría iguales derechos de libertad, entendidos como una autorización de la propia conducta con el contenido vario que corresponde a las garantías individuales, y la única diferencia apreciable al respecto estaría en la posibilidad legal de suprimirlas, que no existe si son constitucionales, y en la eliminación de la garantía misma, que se da frente al Estado y no frente a cualquier sujeto en general. Las garantías individuales son verdaderos derechos, pero porque son relativos y se dan –como tales garantías–, únicamente, frente al Estado, y no frente al público o los terceros; en general. De dichas garantías hay una parte, que es la autorización a la propia conducta sin relación ninguna con el Estado, que es una simple facultad; y hay otra parte, que es la garantía propiamente tal frente a este último, que es un derecho y consiste en la posibilidad de recibir y disfrutar de la abstención del Estado frente a un cierto tipo definido de conducta propia, salvo las intervenciones autoritarias permitidas por la misma Constitución.

La naturaleza de derechos relativos, dentro de una verdadera relación jurídica con el Estado, se patentiza indudablemente en los derechos políticos y los derechos cívicos. Son los primeros, las posibilidades

conferidas por la norma (constitucional en CR), para participar en el desempeño de las funciones públicas de índole política (con el significado de gestión unitaria de los fines estatales que la doctrina atribuye al término), sea directamente, sea mediante la elección de quienes habrán de desempeñarlas. Se trata obviamente de un derecho frente al Estado y nada más frente al Estado, que sólo éste puede violar, alterando el proceso elector o la estabilidad de los nombramientos hechos. Los derechos políticos son un típico derecho relativo y correspondiente de una obligación del Estado de respetar y, a la vez, de garantizar el proceso electoral.

Llámanse derechos cívicos los que tienen los súbditos a los servicios del Estado. Su nota principal es la de estar condicionados a la voluntad de éste, que puede suprimirlos en cualquier momento, suprimiendo el servicio del mismo y su organización, y, además, el que frecuentemente nace de un acto discrecional, llamado de admisión al goce del servicio.

Una vez éste abierto al público, los jerarcas están obligados a observar la igualdad en el trato del usuario y a usar de la discrecionalidad en la admisión en forma igual para casos iguales. Obtenida la admisión, es indudable que nace un derecho de crédito o personal a una prestación del Estado, que se reduce, según lo antes dicho, a la posibilidad de recibir y de disfrutar la prestación del servicio.

5. LA POTESTAD

Se explicó que las cualidades y las relaciones de hecho son las relaciones de conformidad entre el hecho jurídico y la norma que lo prevé. El hecho jurídico es la realización de la hipótesis o supuesto de derecho; y las cualidades y relaciones de hecho consisten en la relación de conformidad del hecho con el supuesto jurídico. Cuando el hecho realizado coincide con la hipótesis normativa, el mismo tiene la cualidad de ser (dentro del mundo del derecho), que la norma le atribuye para producir las consecuencias jurídicas. En razón de esta función de medio para producir las consecuencias o efectos de derechos, las cualidades y relaciones de hecho se llaman situaciones objetivas o instrumentales. Objetivos porque no se refieren a la conducta de un sujeto sino a las condiciones antecedentes para que ésta pueda darse de conformidad con el derecho; e instrumentales porque sirven para un fin ulterior y no son para sí mismas modos de regulación de la conducta humana.

Frente a las situaciones objetivas e instrumentales, se hallan las facultades y los derechos, y sus correlatos, los deberes y las obligaciones, que se pueden denominar subjetivas y materiales. Subjetivas porque tienen por objeto una conducta, y materiales porque indican cómo debe ser ésta dentro de una situación o relación jurídica concretas. No sirven para hacer posible la regulación, sino que son la regulación misma, aquello que jurídicamente indica lo autorizado y lo prohibido en el caso.

Se da entre ambas situaciones, una tercera forma de regulación jurídica, que es la potestad. La potestad puede definirse como la posibilidad para realizar actos jurídicos, productores de efectos de Derecho. Es una situación híbrida porque es instrumental, en cuanto es medio para el nacimiento de derechos y obligaciones; y porque es material, en cuanto es un modo de regulación que directamente autoriza como lícita la conducta humana.

Lo esencial de la potestad es su carácter indeterminado, por razón del objeto o del sujeto pasivo contrapuesto. La posibilidad de realizar actos jurídicos es una potestad cuando se da frente a una serie indeterminada de cosas, o frente a una serie indeterminada de sujetos desconocidos. Desde este punto de vista, es el equivalente a la facultad; pero a diferencia de ésta, tiene por objeto una conducta jurídica, capaz de producir derechos y obligaciones. Así, es una potestad la de contratar, porque puede ejercerse sobre toda clase de bienes, salvo si están fuera del comercio, y frente a toda clase de personas, salvo si hay impedimento legal que lo prohíba específicamente, en relación con las mismas. No se determina en estos casos sobre qué cosa ni ante qué personas puede contratarse, sino exclusivamente cuáles personas o cosas no pueden entrar en el contrato proyectado. Y la única determinación posible de estos elementos es la que hace el contrato mismo, en el momento en que la potestad correspondiente se ejerce. Puede afirmarse, por ello, que la potestad es la posibilidad de realizar actos jurídicos cuyo objeto y sujeto pasivo, sólo es determinable en el momento mismo de su realización.

Exactamente como la facultad es el marco esencial de la libertad humana, así la potestad es el marco de la capacidad jurídica de actuar. Puede decirse que si la facultad es el medio para el movimiento o la acción jurídicamente irrelevante, la potestad lo es para la acción jurídicamente relevante, y con efecto de creación, modificación, extinción o

consolidación de derechos y obligaciones. La potestad es la autorización para realizar actos jurídicos que integra la capacidad de ejercicio, que bien podría definirse como la suma de las potestades de un individuo. Más correctamente, y supuesto que la capacidad es una situación instrumental y objetiva, cualidad de un sujeto que sirve de soporte a una serie de posibilidades o prohibiciones de acción, puede decirse que la potestad es la posibilidad de acción jurídica que nace de la capacidad de ejercicio, considerada como el hecho jurídico de cuya realización o existencia aquélla dependa.

En razón de su función misma, la potestad autoriza actos jurídicos que van destinados a sujetos diversos del titular. Cuando esos efectos consisten en la privación de un derecho o en la imposición de una obligación, sin o contra la voluntad del afectado, la potestad se llama de imperio y es monopolio del Estado. Las principales potestades de imperio son las llamadas funciones públicas: de legislar, administrar y juzgar.

Los elementos de la potestad pueden estar más o menos determinados, pero es únicamente esencial que no lo estén ni el objeto posible ni el sujeto pasivo contrapuesto. Si lo están, el derecho se sustituye a la potestad, no es potestad sino derecho, según ello, la posibilidad de testar, porque se refiere a un grupo determinado de bienes, representado por el patrimonio del testador; ni tampoco lo es la posibilidad de testar, porque se refiere a un bien único, que es precisamente su objeto infungible. Parejamente, es derecho y no potestad la del padre sobre el hijo, porque sólo puede darse en sus mutuas relaciones, así como la de la asamblea general sobre la junta directiva o sobre los socios de la entidad colectiva, por igual razón. Para que haya potestad, se requiere, o bien que el sujeto sea indeterminable, o bien que sólo pueda ser determinado al momento de ejercicio de la potestad, no antes.

Según ello, la potestad –como la facultad–, se da fuera de toda relación jurídica concreta. Frente a la potestad, como autorización de una conducta propia jurídicamente relevante, no hay un obligado, salvo "el público", en general sometido al deber de respetar esa conducta autorizada, que se traduce en la omisión de todo acto impediente. El titular de la potestad tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos ante un número indeterminado de sujetos, que nada pueden hacer ni para que la ejerza ni para que no la ejerza, fundándose en la existencia misma de la potestad. Si están obligados a no impedirlo, es en virtud del apuntado

deber genérico y universal de respeto *(naeminen non laedere)*, que se da lo mismo frente a la potestad que frente a la facultad, al derecho subjetivo e incluso al cumplimiento de la obligación ajena. Esta compatibilidad con toda clase de situaciones subjetivas, revela que el deber genérico de abstención no está coordinado a ninguna de las mismas, y que no corresponde a ninguna relación jurídica especial con ellas.

Se ha afirmado que a la potestad hace frente la sujeción, que sería la situación subjetiva del que está obligado a soportar las consecuencias que nazcan de su ejercicio, es decir, de los actos jurídicos que la misma autoriza. Tal obligación es inexistente, porque es superflua. Una vez realizado el acto jurídico, el sujeto destinatario del mismo está obligado a respetar y soportar esas consecuencias en virtud del acto mismo y no de la potestad, que es lógicamente anterior. Si el acto se realiza y la potestad no existe, se da un caso de incompetencia que priva a aquél de obligatoriedad definitiva y permite anularlo y liberarse de sus consecuencias. Pero esto sólo significa que la existencia de la potestad es un antecedente o fundamento de la validez y la obligatoriedad del acto como cualidades objetivas de éste que son la causa verdadera e inmediata del efecto; pero no, en modo alguno, que esa causa sea la potestad y no el acto mismo. El obligado por el acto de ejercicio de la potestad no guarda situación jurídica alguna frente al titular de ésta, porque a nada está obligado frente al mismo. Si, como se admitió, le está vedado impedir dicho ejercicio (rebelarse contra la autoridad, evitar la publicación de los acuerdos oficiales, etc.) ello es en virtud de un deber general de respeto, que también existe a su cargo frente al deudor que quiere pagar y cumplir su deuda, lo mismo que frente al acreedor que quiere disfrutar del pago hecho.

Las características de la potestad son, en síntesis:

i. Es una situación jurídica activa, que permite realizar actos jurídicos;

ii. Es una situación que autoriza la interferencia en la esfera jurídica ajena, y eventualmente, con efectos desfavorables para ésta;

iii. Está siempre regulada y prevista por el orden jurídico, y en el caso de las potestades, en manos públicas, limitada por los principios de regulación mínima, de tipicidad, de articulación, de reserva de ley, y en general, de legalidad, que ya se ha explicado;

iv. Es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, porque ello significaría disminuir la capacidad o fuente mínima y elemental de acción jurídica del sujeto titular. En los entes públicos no es susceptible de delegación ni avocación por el superior, salvo disposición expresa de la ley que así lo permita; y cuando ello es permitido, la autoridad titular de la potestad la conserva, excepto para el negocio concreto respecto del cual la delegación o la avocación han tenido lugar. Las leyes pueden autorizar una renuncia o dispensa, en cuanto permiten al órgano no ejercer su potestad en un caso concreto, pero nunca una extinción de la potestad misma para todos los casos futuros, equivalente a una disminución de la capacidad imperativa del Estado. En virtud de las anteriores razones, la potestad tampoco es transmisible ni prescriptible.

6. EL DEBER

El deber es una necesidad jurídica de actuar; quiere decirse, la prohibición de una conducta, acción u omisión. Va siempre acompañado de la posibilidad de realizar la conducta opuesta a la prohibición, que es el objeto del así llamado derecho del obligado al cumplimiento del deber.

Este concepto genérico puede descomponerse en dos especies: el deber a secas y la obligación. La obligación quedó ya definida como la prohibición de la conducta que impide a otro –llamado acreedor–, el recibir y disfrutar de una conducta autorizada del mismo sujeto destinatario de la prohibición. O bien más claramente, como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta opuesta a aquélla destinada a ser recibida por otro sujeto, o a hacer posible que otro sujeto desenvuelva su propia conducta.

El deber, en cambio, es la prohibición de una conducta que no se da dentro de una relación jurídica y que no está coordinada a la conducta de otro sujeto distinto del destinatario de la prohibición misma. Ya se dijo, sin embargo, que para efectos prácticos reputaremos como deber todo derecho de ejercicio obligatorio, considerando que aquél existe siempre que un sujeto está autorizado a hacer algo, fuera de toda relación jurídica concreta con otro sujeto. ¿Cómo es esto posible?

Varias hipótesis pueden darse, a saber:

Ya se advirtió, en primer lugar, que el deber típico es el de respeto a la conducta ajena autorizada. Es cierto que, por virtud del mismo, hay otro sujeto que puede actuar libremente, pero la relación es tan tenue en este caso, que resulta válido afirmar que dicha libertad, puede ser impedida si aquel deber de respeto se incumple, pero no que sea posible por el cumplimiento de éste. La libertad de cada uno, las actividades materiales o jurídicas que desarrolla, son posibles porque el derecho las autoriza sin considerar relaciones particulares del sujeto autorizado con otros, aunque éstos puedan impedir esa posibilidad jurídica con una indebida interferencia. El deber de respeto, así entendido, es una condición negativa y por abstención de las facultades y potestades propias, nunca un correlato jurídico nacido y destinado para facilitar su ejercicio.

Pero, es cierto, además, que hay deberes de varios tipos, según los intereses que tratan de realizar. Estos intereses pueden ser de un individuo o de un grupo; y, finalmente, pueden ser intereses abstractos que no corresponden a nadie en concreto, meras finalidades perseguidas por la ley más allá de cualquier fin psicológico individual. En este último caso, la ley puede imponer el deber de lograrlas, pero queda imposibilitada para crear el derecho correlativo de exigir la conducta correspondiente, porque no hay individuo alguno que pueda titular el interés que amerita o justifica el conferimiento de esa posibilidad.

Con esto no se acepta la doctrina del derecho como interés, sino que se afirma que hay intereses a los que no corresponde ningún derecho, porque están exclusivamente protegidos por un deber. Es cierto que ni uno ni otro son intereses, pero es también cierto que ambos se dan para un fin y que éste es siempre un interés de alguien. Cuando el interés es de la sociedad y no de un sujeto determinado, la protección puede consistir en la imposición de un deber de realizarlo, con prescindencia de todo derecho correlativo.

Esta segunda hipótesis puede darse, a su vez, en varios casos:

i. Cuando se impone al Estado una obligación en beneficio de toda la colectividad, sin que la misma se refiera a una conducta divisible en favor de un sujeto o grupo determinado de sujetos; así, el transitorio de nuestra CP impone a la Asamblea la obligación de traspasar al Poder Judicial la totalidad de las funciones de justicia en manos de autoridades administrativas, mediante la creación de los tribunales correspondientes.

Este vínculo se halla establecido en beneficio de toda la colectividad y no hay particular alguno que pueda pretender o exigir de la Asamblea la eliminación de todas las Jefaturas Políticas y la creación de las Agencias Judiciales de Policía, necesarias para juzgar las faltas que ahora son de conocimiento de aquéllas. Igualmente, cuando nuestras autoridades juran el cumplimiento de la Constitución y las leyes, no hay derecho alguno a la legalidad, contrapuesto al deber jurado, mientras la violación del mismo no acarree la de un derecho distinto del particular en contacto con el funcionario. Pero, en esta última hipótesis, lo que se haría valer sería el derecho violado por la ilegalidad cometida, no el derecho a la legalidad pública, que como tal no existe.

ii. Cuando el CPE sanciona delitos y crea el deber de no cometerlos, sin crear en nadie el derecho a exigirlo. Es cierto que el Estado puede sancionar la comisión de delitos y que, en tal sentido, hay una potestad punitiva contrapuesta a la infracción del deber referido, pero tampoco en este caso puede hablarse de un derecho del Estado a la no comisión de delitos. Es decisiva al respecto la observación de que la potestad de pensar nace cuando el deber ha sido infringido y que no puede, por ello, considerarse como un correlato del deber mismo, que es lógicamente anterior. La única explicación del fenómeno radica en concebir que el llamado, derecho de pensar, es una potestad y no un derecho, en el sentido técnico preciso ya empleado; y que el deber de no cometer delitos no corresponde a ningún derecho contrapuesto.

ii. Cuando el Derecho Administrativo crea deberes a los que sólo se enfrentan intereses de los particulares, sin facultad alguna para exigir su cumplimiento. Es éste el aspecto más interesante del análisis del deber.

7. LOS INTERESES, EL DERECHO Y EL INTERÉS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

La Administración está sujeta la ley y esta sujeción implica necesariamente la existencia de deberes a su cargo. Estos deberes pueden clasificarse en dos grandes grupos, los que son correlativos de derechos de otro sujeto con un interés propio y distinto y los que no tienen correlativo alguno fuera del ámbito mismo de la Administración. Los primeros corresponden siempre a una posibilidad coordinada en otra persona para hacer o no hacer algo, posibilidad cuya realización está condicionada por la conducta misma de la Administración. Ejemplo típico son

las llamadas garantías individuales, en lo que tienen de garantía. Las mismas significan un deber de abstención del Estado frente a la actividad particular, que forma la base indispensable para el ejercicio y despliegue de dicha actividad. Fuera de este campo fundamental, la Administración tiene múltiples deberes, a los que corresponden posibilidades de acción legalmente reconocidos a otros sujetos. El Poder Ejecutivo, que tiene empleados, está obligado a pagarles los salarios de ley por el tiempo de servicio prestado, y éstos pueden recibir y gozar ese pago, y, eventualmente, exigirlos ante los Tribunales (derechos de acción independiente pero conexo con el anterior); la Administración que realiza un contrato de obra pública, y queda obligada a pagar el precio de la misma ante el empresario constructor que tiene el derecho a recibir y exigir el pago. Se trata, en todo caso, de relaciones concretas entre Administración y particular, que facultan a éste para hacer o no hacer algo en relación con aquélla.

Estas relaciones concretas se patentizan frente a la Administración, cuando la misma se encuentra obligada con el particular a dictar un acto reglado en cuanto a contenido y motivo. Así, tiene derecho a la inscripción de su nacimiento todo el que haya nacido en el territorio nacional; tiene derecho a la atención hospitalaria gratuita, todo el que demuestre tener bienes menores de ₡ 1.500 o una renta fija anual menor de ₡ 5.000; tiene derecho a la inscripción de una marca de fábrica todo el que presente una nueva que no viole ninguna de las prohibiciones de ley, ninguna de las cuales es de apreciación discrecional.

Es claro que el incumplimiento de las obligaciones de pago del salario, del precio de la obra contratada o de admisión al Registro o al servicio público, en las condiciones regladas que se apuntan, es una violación del derecho del particular.

La situación de la Administración frente al administrado puede, sin embargo, presentar un aspecto totalmente diverso.

La Administración puede tener potestades perjudiciales para el particular y potestades favorables a éste. Es decir, la Administración puede realizar actos jurídicos de imperio, a la vez que conferir derechos a los particulares, y en este último caso, a un individuo aisladamente o en situación de competencia con otros. El particular, de conformidad, puede hallarse ante la Administración en tres diversas posiciones de interés, correspondientes a esas tres posibilidades:

i. interés en conservar sus derechos actuales, ante las potestades de la Administración que eventualmente pueden suprimirlas;

ii. interés en obtener derechos nuevos, ante las potestades de la Administración que pueda conferirlos;

iii. interés en que sea suprimido o no sea conferido un derecho al competidor, dentro de la vida económica o dentro de un concurso abierto por la Administración, ante las potestades que pueden operar tales efectos frente a terceros.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que hay un interés, tanto en el destinatario de un acto jurídico, administrativo, cuanto en el tercero no mencionado ni afectado por dicho acto, que se halla en competencia real o administrativa con el destinatario. Aparentemente, estas calidades de destinatarios de un acto o de un competidor del destinatario, son el fundamento que hace nacer el interés en el acto mismo. Este interés puede catalogarse, entonces, como la ventaja jurídica (obtención de un derecho, potestad o facultad, o conservación de los mismos), o de hecho (debilitamiento del competidor), que deriva para una persona de la acción administrativa.

Es indudable que en todas o casi todas estas situaciones, el interés sustancial descrito es el supuesto antecedente de un interés en la legalidad de la Administración, cuando el acto administrativo resulta desfavorable al particular interesado. Es decir, si el particular se enfrenta a la supresión de su derecho, a la denegación del que ha solicitado, o al fortalecimiento de su competidor, por acto administrativo, dictado con violación de la ley que regula, aquel interés sustancial se convierte en un interés en la anulación del acto ilegal, para impedir provisional o definitivamente el daño que le ha sido inferido. El interés sustancial se convierte en un interés en la legalidad de la acción administrativa. En el caso de que el acto desfavorable sea legal, el interés en su eliminación puede subsistir, pero carece o debe carecer totalmente de protección jurídica. Cuando el interés sustancial se fusione con un interés en la legalidad administrativa, debe ser digno de protección porque viene a ser un medio privado al servicio de un fin público.

En la hipótesis de la protección, el interés sirve de base para un derecho de acción, que tiene por objeto la anulación del acto administrativo ilegal. No deben confundirse, según lo dicho, el interés sustancial, el interés en la anulación del acto y el derecho a la acción de nulidad.

Las tres figuras son diversas e interdependientes, en el orden mismo de su enumeración. El interés sustancial, violado por una ilegalidad administrativa provoca el nacimiento de un nuevo interés en la legalidad del acto, que sirve, a su vez, de supuesto para una acción de nulidad contra éste, sin que haya desaparecido todavía el interés sustancial originario.

En el evento de que la ventaja jurídica o de hecho que pueda derivar para un particular de la legalidad en la acción administrativa esté garantizada con una acción de nulidad, para eliminar la ilegalidad cometida, cabe preguntarse por la diferencia entre esa ventaja o la posibilidad de recibirla y disfrutarla y el derecho subjetivo común. ¿Son o no son la misma cosa?

Es igual en ambos la existencia de un deber a cargo de la Administración, de cuyo cumplimiento proviene la condición o la posibilidad de gozar esa ventaja. Así como la obligación de pagar el salario proviene la posibilidad de recibir el pago. Así de la obligación de mantener la igualdad entre los participantes en una licitación puede venir la adjudicación a favor del interesado. Es igual en ambos –derecho e interés–, la posibilidad de anular el acto opuesto que los lesiona y viola simultáneamente la ley, pues no hay razón alguna para pensar que la lesión de un derecho no puede repararse anulando el acto jurídico y, además, condenando el pago de la indemnización correspondiente. En cuanto al derecho está tutelado por la anulación del acto ilícito que lo lesiona, el derecho puede ser tutelado en igual forma que el mero interés ofendido.

¿Cuáles son las diferencias que median entre una y otra situación?

Es preciso previamente delimitar el campo en que el interés pueda aparecer si se quiere establecer la distinción entre ambos.

El interés puede darse en las siguientes hipótesis:

1) Ante actos jurídicos de la Administración exclusivamente. Las conductas materiales ofensivas para el particular, o bien son un incumplimiento de una obligación administrativa y la violación de un derecho, o bien la ejecución de un acto administrativo, en cuyo caso sería éste y no el comportamiento el que podría suscitar el interés en su impugnación.

2) Ante actos jurídicos discrecionales destinados al interesado. Cuando el acto es reglado y favorable al interesado, el interés por su emisión y ésta viola el derecho del particular a obtenerlo, no un mero interés.

Según ello, los intereses son los que existen ante los actos administrativos, cuando no hay un derecho del particular a obtenerlos. ¿En qué condiciones se da esta hipótesis?

En primer lugar, cuando el interesado es el destinatario potencial del acto administrativo discrecional. El interés puede consistir, en esta hipótesis, en una doble expectativa:

i. en la obtención de un derecho nuevo;

ii. en la conservación de un derecho preexistente.

Ejemplo típico del primero caso es el de las licitaciones públicas, en que se disputa la obtención de un contrato con la Administración. La potestad de adjudicar no sólo depende de factores de apreciación discrecional, sino que es, en CR, casi totalmente libre por la llamada reserva para declarar desierto el concurso, a exclusivo juicio de la Administración. No hay un particular concursante que pueda tener derecho a la adjudicación, aun si es el mejor –con todo y serlo–, si la Administración juzga que tampoco llena el mínimo o el máximo de requisitos para un contrato adecuado al interés público. En esta hipótesis, sin embargo, todos y cada uno de los concursantes tienen interés en la observancia de la legalidad del trámite de la licitación, porque si otro resulta adjudicatario con violación de la misma, pueden recobrar su condición de concursantes, anulando la adjudicación y colocándose nuevamente en la posición de eventuales favorecidos.

Es aquí donde se revela claramente la existencia de deberes a cargo de la Administración que no corresponden a ningún derecho del particular. La Administración no está obligada a adjudicar a nadie, pero sí lo está a observar las formalidades legales del concurso. Este deber ha sido establecido a cargo de los órganos que dirigen la licitación, en beneficio del interés público y para asegurar la mejor adjudicación posible. Es el Estado mismo, a lo sumo, quien puede pretender un derecho a esa legalidad, no los participantes interesados. La irrelevancia directa de la observancia de este trámite para cada uno de éstos se descubre

cuando se advierte que la misma puede conducir eventualmente a favorecer al competidor, si éste resulta legítimamente favorecido; y todavía más si se piensa que la anulación de una adjudicación ilegal tampoco garantiza por sí misma el interés del reclamante, porque la decisión nueva que sustituya la anulada puede darse en beneficio de un tercer competidor, que haya hecho mejor oferta que él. Puede llegarse al extremo de una nueva adjudicación, en favor del primer adjudicatario si la nulidad se fundó en simple violaciones de trámite que dejaron intactas en beneficio de éste las razones de fondo que llevaron a la primera decisión.

El deber de la Administración de observar la legalidad del trámite, no asegura al participante en una licitación ningún bien, sino la posibilidad de obtenerlo. El interés en la legalidad administrativa, es entonces, un medio para mantener esa posibilidad abierta, y ésta no consiste de una facultad de actuar frente a la Administración ni de exigirle nada, sino en una mera expectativa de un bien que puede o no darse. Ambos intereses –el de obtener una adjudicación eventual y de obtener la legalidad del trámite–, son simples instrumentos para lograr la adjudicación, si se logra. De donde, en este caso, si queremos definir el interés y contraponerlo al derecho, podemos decir que es la expectativa de un bien o de un derecho, que puede obtenerse eventualmente mediante la observancia de la ley que regula, las formas y formalidades de la acción administrativa discrecional en cuanto a motivo y contenido.

El derecho subjetivo es, en cambio, la posibilidad de acción que se da frente a la Administración o frente a ésta y a todo el mundo que depende de una conducta coordinada de éstos últimos. En el derecho, el particular no tiene sólo la posibilidad de obtener un bien, sino que lo tiene actualmente en cuanto puede desarrollar su propia conducta, y hay un deber de la Administración específicamente destinado a hacerlo posible.

Es posible encontrar un interés frente a la acción administrativa y discrecional, no sólo mirando a las normas, que regulan la forma y el procedimiento de esa acción, sino también hacia aquellas que limitan el uso de la discrecionalidad misma, en la determinación de motivo y contenido. Esto quiere decir que la discrecionalidad no es arbitrariedad y que está siempre limitada por reglas de lógica y de justicia, que exige un mínimo de racionalidad en su empleo y que prohíben –aunque expresamente no lo digan–, los actos evidentemente contrarios a ellas, por

absurdos, por gravemente injustos o por desproporcionalmente ineficaces. Un acto que viola a tal grado las reglas de la buena Administración, en la apreciación de su motivo o de su contenido discrecionales, viola también la ley, porque ésta exige que siempre haya un mínimo de interés público en toda conducta administrativa, y el mismo falta cuando no se dan en absoluto las circunstancias que pueden justificarla o explicarla. Si la autoridad de policía tiene potestad para ordenar todo lo necesario a fin de detener un incendio, y ordena la destrucción de una casa situada a gran distancia del desastre so pretexto de tal facultad, no sólo viola la regla de oportunidad que manda causar el mínimo daño posible al derecho del particular, sino también la ley misma que le confirió esa potestad, porque lo hecho fue enteramente innecesario y absurdo.

Es posible, según ello, mantener un interés frente a la acción administrativa discrecional, no sólo en cuanto la misma está sujeta a reglas formales, sino también en cuanto está sujeta a límites de fondo, en la apreciación del motivo y del contenido del acto.

Es posible, en segundo término, que el interés tenga por objeto la conservación de un derecho, ante una potestad discrecional contradictoria de la Administración. Ejemplos típicos: el caso de la expropiación, el del despido del empleado no interino, el del rescate de una concesión administrativa, etc.

En estas hipótesis, a diferencia de la anterior, hay un derecho del particular que le otorga una posibilidad de acción, conferida por la ley o por un acto administrativo.

Los derechos originarios son los que emanan directamente de la ley o de la Constitución, no de un acto administrativo de concesión, de autorización, de admisibilidad o de registro; en tal sentido, abarcan los derechos fundamentales del hombre y ante ellos y para su plena protección, la doctrina no ha vacilado en exigir garantías mucho más firmes que para los derechos derivados de la actividad administrativa.

En relación con estos derechos originarios –que abarcan los de libertad y propiedad– la doctrina ha fundado la distinción del derecho y del interés, frente a la actividad administrativa opuesta, en la importancia de los elementos del acto administrativo.

A este efecto, los mismos se han separado en dos grupos, desde el punto de vista de su valor y eficacia en la formación de dicho acto: los elementos formales, que aluden al procedimiento y a la forma, y que implican cuáles son las condiciones de formación del acto pero que nada influyen sobre la voluntad, que es la esencia de éste; y los elementos materiales, que son los que indican y constituyen esa voluntad caso por caso y determinan toda utilidad que el acto administrativo pueda tener frente al interés público. Estos elementos son: la competencia, el motivo, el contenido y el fin del acto.

Sobre la base de esta distinción se afirma que hay un poder para realizar un acto administrativo capaz de suprimir derechos originarios del individuo, exclusivamente cuando se dan los elementos materiales de ese acto, en el caso concreto, quiere decirse: la competencia, el motivo, el contenido y el fin. En estas condiciones y con estos elementos, el acto administrativo, no sólo puede reputarse tal, sino bien fundado en un título anterior, que es, el poder de realizarlo en perjuicio del particular. Si hay competencia, si hay un motivo de interés público en la realización del acto, si el mismo se realiza con el contenido legal para el caso y para el fin legal, es obvio que hay poder y derecho en la Administración para realizarlo, aunque, por otro lado, la misma haya cometido gruesas violaciones en la observación de los trámites y en la forma de expresión, necesarias para la manifestación del acto mismo. En tales condiciones, el derecho del particular –de propiedad, de libertad, etc.– cede ante el de la Administración a realizar el acto ofensivo, que es un derecho de mayor rango por el carácter público del fin que persigue. El derecho del particular queda reducido a mero interés en anular el acto ilegal por violación de la ley, de forma sobre procedimiento y modo de manifestación de la voluntad administrativa. El derecho se transforma en interés a la legalidad formal de la actitud administrativa.

Inversamente, cuando falta alguno de los elementos materiales, aunque se hayan observado las reglas de forma, el acto carece de un poder que le dé base, y puede reputarse como una invasión injustificada del derecho del particular. Esta invasión no sólo es ilegal –como cuando se viola la ley de forma del obrar administrativo–, sino que es infundada para invadir a la esfera particular, porque la misma sólo se comprime ante un derecho opuesto y superior de la Administración que en el caso no existe. Si la Administración no tiene poder para comprimir el derecho del particular y lo hace, el derecho del particular se conserva y sirve más bien como un límite rígido a la actividad administrativa

ilegal. De este modo, hay un derecho violado –y no un simple interés–, cuando la Administración ha actuado en el caso sin observar los límites de competencia, de motivo, de contenido o de fin, y se ha limitado a observar las reglas de procedimiento y de forma impuestas a su conducta.

La doctrina admite la existencia del interés también cuando el vicio incriminable al acto administrativo es la violación de los límites de la discrecionalidad. En otras palabras, si el motivo y el contenido son discrecionales (la competencia y el fin siempre son reglados) y ha habido un uso absurdo, claramente injusto o totalmente ineficaz de la discrecionalidad, porque se ha prescindido de las exigencias mínimas del interés público en el caso concreto, hay un interés no un derecho en la anulación del acto correspondiente. La explicación que se da consiste en afirmar que el vicio del acto en tal hipótesis sólo puede consistir –si existe– en una discrepancia de éste con el interés público y no con el interés del particular dueño del derecho ofendido. En tal sentido, se trata de un vicio de legalidad que no significa inexistencia del poder, sino simplemente un defecto en el uso del mismo. Si el poder existe, no hay derecho sino mero interés en la conservación del derecho que la Administración pretende suprimir.

En síntesis, los derechos originarios se transforman en intereses ante las potestades administrativas para suprimirlos o disminuirlos, en dos hipótesis:

1) Cuando el acto realizado reúne los requisitos materiales de competencia, fin, motivo y contenido, porque entonces se reputa ejecutado en ejercicio de un poder de la Administración, prevalente sobre el derecho opuesto del particular y capaz para destruirlo. En este caso, el objeto del interés es la observancia de las normas de forma sobre la conducta administrativa;

2) Cuando los elementos materiales, motivo y contenido, son discrecionales y se pretende la observancia administrativa de los límites de esa discrecionalidad.

Los derechos originarios sobreviven como tales –y no se transforman en meros intereses a la legalidad administrativa–, cuando el acto que los destruya o disminuye carece de los elementos materiales y reglados

en forma precisa que antes se mencionaron. En tal hipótesis, la Administración carece de derecho para actuar ante el particular, y éste conserva el suyo a mantener inalterada ante aquella su situación jurídica, sus derechos de propiedad o de libertad.

En segundo término, los intereses son posibles ante la actividad administrativa cuando el interesado entra en competencia con un tercero, que a su vez es destinatario de un acto administrativo. En tal hipótesis, el interesado tiene interés no ya en observar u obtener un derecho para sí, cuanto en evitar que sea conferido a su competidor.

Esta hipótesis puede ampliarse hasta admitir la existencia de un interés no sólo cuando hay una situación de competencia entre dos sujetos, así –uno de los cuales es el interesado, sino también cuando, en general, el mal de un individuo o la disminución de sus bienes signifiquen una ventaja para otro. Todo esto condicionado, naturalmente, a que el interés en el mal ajeno coincida con un interés en la legalidad administrativa, y se satisfaga en la anulación del acto administrativo irregular. Objeto de esta anulación y causa del interés concreto en la legalidad puede ser, según ello el acto que tenga uno cualquiera de estos efectos:

i. conferimiento de una ventaja a un tercero competidor o agente de una actividad en algún modo perjudicial al interesado;

ii. no supresión de un derecho de este tercero, mediante acto que se abstiene de suprimirlo;

iii. no imposición de una obligación a dicho tercero, mediante acto que deniegue esta imposición.

El interesado puede buscar que se produzca el acto opuesto en relación con dicho tercero y precisamente:

i. que no se le confiera un derecho, potestad o facultad;

ii. que se le suprima un derecho;

iii. que se le imponga una obligación.

8. EL INTERÉS LEGÍTIMO

A) Las notas contrastantes del derecho subjetivo

El derecho subjetivo consiste en una autorización de la conducta propia para satisfacer una necesidad vital. Lo esencial del derecho subjetivo o, al menos, lo más digno de connotarse para su definición frente al interés, es esta su característica de situación jurídica activa, en virtud de la cual el sujeto puede, desarrollando su propia conducta (que pueda consistir en la pretensión, recibo y disfrute de la conducta ajena en el caso del derecho relativo o de crédito), hallar un bien útil para satisfacer directamente sus necesidades. El derecho subjetivo es el medio de poner en contacto al sujeto con aquellos que pueden llamarse bienes de la vida económica o espiritual, canalizando jurídicamente su esencial libertad filosófica. Ese bien o instrumento de satisfacción puede ser también jurídico, como ocurre con los actos administrativos que representan una cierta utilidad económica valuable, como las certificaciones y asientos de un registro, las licencias y concesiones para el ejercicio de una actividad empresarial, las subvenciones, etc. En esta hipótesis, hay un derecho subjetivo frente a una potestad de la Administración totalmente reglada o vinculada, una vez reunidos ciertos requisitos legales por el particular que reclama un acto favorable él; la Administración está obligada en esas condiciones a dar lo pedido autorizando la apertura del establecimiento industrial, concediendo la explotación de una mina, inscribiendo el instrumento notarial constitutivo del derecho propiedad o de la empresa social, etc. Lo esencial en el derecho subjetivo está en que, a partir de la conducta propia, el sujeto puede lograr un bien o utilidad sustancial, colocando a los demás sujetos en la necesidad jurídica (no real ni efectiva, sino meramente normativa) de respetar esa conducta (caso de los derechos reales). Jurídicamente, si hay derecho subjetivo no hay incertidumbre ni eventualidad en la satisfacción del interés, pues o bien basta la conducta propia o hay garantía de obtener la conducta ajena necesaria, garantía consistente en la necesidad legal que tiene otro sujeto (llamado deudor) de realizar dicha conducta por petición, pretensión o exigencia del derecho habiente. La potestad de obtener y disfrutar exclusivamente de un bien jurídico, sea mediante acción propia, sea mediante pretensión de la conducta ajena, es la esencia del derecho subjetivo clásico. La esencia es que cuando hay derecho subjetivo hay la garantía jurídica del disfrute de una utilidad sustancial en la vida de relación.

B) La estructura del interés legítimo

Desde que el derecho subjetivo tiene por objetivo una utilidad sustancial (espiritual o económicamente valuable), el mismo puede referirse tanto a comportamiento como a actos jurídicos, a actividades técnicas (como la prestación de un servicio), como a actos administrativos o negociales iguales o similares a los antes enumerados.

Una característica reveladora del interés legítimo es que el mismo de da siempre frente a potestades y actos jurídicos, nunca frente a facultades y comportamientos materiales (intelectuales o no). La razón que lo explica atañe a la esencia del interés, pues el mismo no es otra cosa que una expectativa de obtener o conservar una utilidad sustancial de la vida a través del ejercicio legítimo de potestades que corresponden a un sujeto distinto del interesado, en nuestro caso, de potestades de la Administración Pública. El ordenamiento no garantiza al interesado la conducta apta para satisfacer su interés legítimo en ningún caso, sino que hace depender esa satisfacción de los actos jurídicos de otro sujeto en ejercicio de sus potestades, lo cual conlleva la idea de que ese ejercicio es libre o, en el caso de la Administración Pública, discrecional. El interesado no puede exigir la conducta que satisfaga su interés, en cuya hipótesis tendría un verdadero derecho subjetivo, sino a lo sumo la legalidad de la conducta administrativa y, consiguientemente, la anulación de los actos ilegítimos que hacen imposible esa satisfacción, para restablecer con la legitimidad aquella expectativa o eventualidad en que el interés consiste. Puede ocurrir, de este modo, que una vez anulado el acto ilegal, se dé un nuevo acto desfavorable al interesado, en entera conformidad con la ley, justamente porque no hay ninguna necesaria correlación entre la satisfacción del interés legítimo y la conducta administrativa dimensional de ejercicio de la potestad. La legalidad puede permitir normalmente tanto el acto favorable como el desfavorable al interesado y de esa alternativa nace la expectativa o eventualidad que es una sustancia del interés.

Lo dicho significa que cuando la potestad discrecional se ejerce y se dicta el acto, el interés legítimo desaparece, sea porque se satisface con el derecho subjetivo que el acto esperado produce a favor del interesado, sea porque se frustra por haberse denegado el acto o haberse dictado el mismo a favor de otro, contra el interesado.

En este último caso el único medio de revivir el interés, en cuanto eventualidad o expectativa, es anular el acto desfavorable, volviendo las cosas al estado anterior al acto anulado. De aquí que la acción de anulación para pedir la declaración de ilegalidad del acto lesivo y lograr su eliminación, sea inherente a todo interés legítimo, pues sin ella esta carecería de toda defensa.

Hay entera independencia entre el interés legítimo y dicha potestad de acción, en cuanto, según lo dicho, el interés es necesariamente anterior al acto lesivo y queda suprimido por éste, mientras que la potestad para pedir la anulación es necesariamente posterior y nace con el acto. Si la acción triunfa, logrando la anulación pedida, el interés renace.

El interés es legítimo incluso cuando fracasa la acción de anulación que intenta protegerlo y se confirma el acto lesivo, pues dada esa lógica procedencia antes apuntada, el interés se da por el mero hecho de la existencia de una potestad discrecional y de la alternativa que conlleva, no frente al acto administrativo que, al elegir, eliminar esa alternativa. Pero es verdad, por otra parte, que el interés legítimo suprimido o lesionado sólo puede recobrar su existencia si es ilegal el acto contrario, sea por violación de la ley, sea por violación de los límites a la discrecionalidad administrativa. El interés lesionado sólo puede restablecerse cuando triunfa la demanda de anulación. La legalidad frente al acto lesivo juego como un medio de restauración del interés, no como su causa u origen.

El interés legítimo no puede definirse, entonces, como una pretensión a la legalidad de la conducta o del acto administrativo, contra lo que sostiene la mayoría de los autores. Esa pretensión, expresada en la acción de anulación y, eventualmente, en la anulación misma, es un medio al servicio del interés, para lograr su restauración, no el interés mismo. El interés en la legalidad administrativa es una consecuencia de la lesión del interés legítimo y está sujeto a requisitos de existencia propios del derecho procesal e independientes del administrativo, que se examinarán casi de inmediato. Cuando no es posible ya el interés legítimo preexistente, se sustituye por el interés en la legalidad, con el fin de restaurar aquel. El interés legítimo como tal es anterior e independiente y tiene por objeto una utilidad sustancial de la vida (una cosa, un servicio, una situación económica o espiritualmente evaluable) y no la legalidad que, como tal, es incapaz para prestar esa utilidad. El objeto del interés legítimo es el mismo que el del derecho subjetivo, con la

diferencia de que en éste, el ordenamiento garantiza la obtención y disfrute de ese objeto, haciéndolos depender de la conducta propia del derecho habiente, en tanto que en el interés legítimo no se da esa garantía, haciendo depender el logro, de la utilidad sustancial del ejercicio de la potestad de la Administración, eventualmente contrario al interés.

De todo lo cual se puede concluir en que la conexión es esencial entre legalidad e interés legítimo, esencial porque radica en la estructura de este, es doble: consiste en primer término en que un ingrediente necesario de un interés legítimo es la existencia de una ley que confiere una potestad administrativa discrecional, frente a la cual el interés se dé y, en segundo término, en que la restauración del interés legítimo sólo es posible a través de la aplicación de normas jurídicas que limitan el ejercicio de esa potestad discrecional.

Cuando el fundamento y medio de restauración del interés está en la violación del ordenamiento o en la aplicación de normas no jurídicas, como las reglas de oportunidad que no sólo limitan sino que determinan y orientan lo discrecional el interés, aunque existente psicológica u objetivamente, no es jurídico ni legítimo, sino ilegítimo o de hecho.

De donde puede concluirse, con plena conciencia de la paradoja, en que si bien una parte importante del fundamento u origen del interés legítimo es la norma que confiere una potestad discrecional, al punto de que si es totalmente reglada surge en su lugar el derecho subjetivo, así también la restauración del mismo interés legítimo es posible únicamente por la existencia de otras normas que crean aspectos reglados de esa potestad, eliminando la discrecionalidad a su respecto.

El enfoque erróneo de considerar el interés legítimo como una mera pretensión formal a la legalidad administrativa, ha conducido a muchos a la conclusión de que el derecho subjetivo, así también la restauración del mismo interés legítimo, es posible únicamente por la existencia de otras normas que crean aspectos reglados de esa potestad, eliminando la discrecionalidad a su respecto.

En enfoque erróneo de considerar el interés legítimo como una mera pretensión formal a la legalidad administrativa ha conducido a muchos a la conclusión de que el correlato jurídico del interés legítimo es el deber de cumplir la ley que regula y limita el ejercicio de las potestades discrecionales. Se trata de un error, porque el verdadero correlato es,

como se dijo, la potestad discrecional misma, dado que el objeto del interés es el bien jurídico que el ejercicio de ésta puede eventualmente conceder, no la legalidad de ese ejercicio, que por si carece de valor sustancial. La legalidad administrativa, se dijo, es garantía de restauración del interés lesionado, no causa ni objeto de su existencia.

C) La teoría del interés ocasional o reflejamente protegido. Su utilidad

Lo dicho revela, sin embargo, la importancia capital que tiene la legalidad administrativa como instrumento al servicio de la conservación del interés legítimo. Conviene mencionar al respecto la llamada doctrina del interés ocasionalmente protegido, que extrae de ese hecho la consecuencia inadmisible de que el interés es producto de una forma especial de relación entre la ley y sus fines.

Es principio general del Derecho Administrativo el que no hay potestades absolutas porque todo conferimiento de las mismas debe contener una regulación mínima de los elementos del acto que habrá de nacer de su ejercicio, normalmente sujeto, fin y contenido (y excepcional y alternativamente, respecto del contenido, el motivo). Todo acto discrecional tiene, además, límites implícitos de razonabilidad que condicionan su validez, aunque no sean escritos, y hay generalmente normas jurídicas que regulan el procedimiento y forma del acto, es decir: la concreción de la potestad en conducta a través de un canal jurídicamente establecido. Dichas normas pueden llamarse de acción, como contrapuestas a las de relación, según terminología de un ilustre autor italiano (Enrico GUICCIARDI), que ha terminado por incorporarse a la jurisprudencia de su país, el que más ha afinado la noción y función del interés legítimo. Según esta doctrina (que es el resultado de una larga evolución científica originada en Oreste RANNELLETTI y el germen de otra menos no menos rica veta de doctrina sobre la justicia administrativa) la característica fundamental de la norma de acción está en que se encamina a garantizar la realización más eficiente posible de los fines de la Administración, en tutela de los intereses públicos que esta última persigue, para lo cual impone deberes en función de esos intereses, que no corresponden a ningún individuo en particular. Dichos deberes, consecuentemente, no son exigibles por ningún sujeto en su exclusivo y personal beneficio, sino por órganos superiores o contralores de la Administración Pública. El beneficiario es la comunidad o los grupos, nunca sujetos individualizables y determinables.

Ello no obstante, estos pueden encontrarse en una situación de hecho tal, respecto del cumplimiento de esos deberes públicos que su interés en el cumplimiento deviene distinto del que puede tener el resto de la comunidad.

El cumplimiento de esos deberes beneficia en forma particular a los sujetos en tal situación, como consecuencia de la realización de un fin público. Si bien la satisfacción del interés privado no está garantizada por la ley en estos casos, pues la misma sólo mira a la del interés público, aquel otro resulta siempre indirecta, ocasional o reflejamente protegido, como consecuencia de la protección directa y primaria brindada a éste último. El interés ocasional o reflejamente protegido es, entonces, un interés legítimo. Esta doctrina suele distinguir a tal efecto varios tipos de intereses, a saber:

a) El interés genérico o uti universi

Son los intereses cuya satisfacción no es divisible frente al beneficiario o cuya satisfacción sólo es posible en relación con un grupo: el interés de todos y cada uno de la manutención de las calles, del alumbrado público, en la construcción de obras públicas necesarias (como la planta física de nuestro sistema penal, de la Facultad de Derecho, etc.) en la promulgación de leyes con cierto interés social, etc. Estos son intereses de hecho, no legítimos, y a los mismos se equipara el que tiene el ciudadano en la eficiente y buena Administración Pública, en la aplicación correcta de las reglas de oportunidad administrativa, etc.

b) El interés legítimo

Es el que nace de una situación o posición peculiar y personal del administrativo frente a la ley que regula las potestades y procedimientos de la Administración: es el caso del participante en una licitación para la construcción de una obra, el del propietario frontero a la obra en construcción o construida, o del mismo propietario que quiere construir y necesita una licencia, etc., son todas hipótesis en que la aplicación de la ley administrativa puede hacer nacer una situación jurídica individual del administrado, favorable o desfavorable, como repercusión de la tutela del interés público.

Para unos autores, el interés así concebido es también de hecho o no legítimo, como situación subjetiva de naturaleza no sustancial

(GUICCIARDI); para otros es el típico interés sustancial, cuya pareja procesal, el interés en demandar o recurrir, es mero reflejo del mismo.

La crítica de esta doctrina se ha hecho ya en este curso, por lo que conviene agregar simplemente que la misma resulta inútil, pues su definición del interés legítimo como el que es refleja u ocasionalmente protegido impide su distinción-teórica y práctica de cualquier otro tipo de interés (incluso del que es *uti universi*) dado que el argumento puede proyectarse al infinito, afirmando que toda ley puede resultar indirectamente protectora de cualesquiera intereses, según la situación de hecho en que se encuentren las gentes frente a su aplicación: así como es posible afirmar, a la inversa, que esa misma situación de hecho, y no la naturaleza de la ley ni menos la del interés protegido en sí consideradas, puede impedir que haya interesados en la aplicación de aquella. Todo esto es posible sintetizarlo afirmando que con decir que un interés es legítimo a condición de que sea indirecta u ocasionalmente protegido por la ley, nada se dice que permita identificarlo, mientras simultáneamente no se indique en qué grado y cómo ha de darse esa indirecta protección, que de lo contrario puede predicarse de cualquier ley y de cualquier interés.

De esta doctrina nace, sin embargo, un enfoque válido del interés en cuanto permite advertir que el mismo se da normalmente cuando se trata de dirimir un conflicto de competencia económica entre dos sujetos. En esta hipótesis el competidor es el destinatario del acto administrativo y el interesado es un tercero respecto del mismo, quien, sin embargo, guarda una posición de conflicto con los intereses del otro y por ahí vínculo indirecto con el acto. En esta situación, la existencia del derecho subjetivo a favor del interesado, resulta imposible, pues la conducta de la Administración, que podría servirle de objeto, va dirigida a otro sujeto, de modo que el interesado nunca podría tener garantizada una utilidad sustancial como resultado del acto administrativo que pretende servir a ese otro y no a él. En esta hipótesis puede aceptarse la doctrina en examen, porque la misma contiene una indicación precisa de sus elementos que permite saber con exactitud cuando hay y no hay interés legítimo: lo hay cuando el interesado compite con un tercer destinatario de un acto administrativo que favorece su posición en la competencia, debilitando simultáneamente la de aquel.

Lo dicho vale incluso cuando la potestad ejercida sea reglada y obligatorio el acto, pues aunque el interesado pudiera exigir no sólo la

anulación del favor hecho al competidor, sino también la emisión del acto debido que lo perjudica, ello fortalecería la posición del interesado en la competencia, pero no garantizaría la disponibilidad de una cosa, de un servicio o de una empresa de ese competidor ni de la Administración, únicos bienes que en el caso podrían reputarse utilidades sustanciales susceptibles de formar el objeto de un derecho subjetivo.

La anterior conclusión no es incontroversible y hay autores (ASCARELLI, ASQUINI y FERRI) que estiman como verdadero derecho subjetivo la posibilidad de inhibir o impedir la competencia desleal, una de cuyas formas es justamente la obtención ilegal de beneficios y actos administrativos necesarios para el giro de la empresa, lo que también conlleva su lógica.

Es un hecho, en efecto, que la posición del competidor es, por sí, una utilidad sustancial en el mundo de la economía, mensurable a través de ganancias y de pérdidas. Conservar o mejorar una posición competitiva es un bien económicamente útil en sí considerado. Pese a ello, la doctrina tiende a reputar como meros intereses legítimos los beneficios del interesado como competidor en el mercado por la complejidad de los factores que los determinan, irreductibles a un simple acto administrativo. Puede afirmarse que incluso en los casos en que el ejercicio de potestades regladas o no, haya causado daño al interesado, como repercusión del beneficio atribuido a su competidor, tal resultado proviene, en último término, del ejercicio empresarial de éste último, que es libre y no obligatorio, y no del acto administrativo habilitante.

El punto es polémico en el mejor de los casos, pues a la última observación cabría replicar que objeto de un derecho subjetivo puede ser todo acto favorable y exigible de la Administración, aun si el beneficiario no llega a ejercer los derechos que produce y con entera independencia del provecho real y no meramente jurídico, que pueda extraer de ese acto.

Podemos resumir la doctrina de los intereses ocasionalmente protegidos concluyendo en que la opinión dominante –con cierto rezago de la jurisprudencia– rechaza como inútil e imprecisa la parte de aquella que atañe a los actos de la Administración dirigidos al interesado, mientras que, a la inversa, acepta su enfoque en relación con los actos destinados al competidor, en cuanto los mismos y sus consecuencias sólo pueden ser objeto de derecho subjetivo para éste último, no para el

interesado que siempre es un mero tercero frente a dichos actos y beneficiario o perjudicado por sus resultados sólo en forma indirecta.

Se examinará de inmediato este último tipo de interés ocasionalmente protegido, así como el problema tocante la resarcibilidad de los intereses legítimos, para retomar ahí la polémica sobre el carácter que tienen aquellos que se dan en las relaciones de competencia en el mercado.

D) Las situaciones legitimantes. La clasificación de los interesados legítimos

La competencia económica puede ser, como se ha visto, el punto de origen y de atribución de un interés legítimo. Todo interés legítimo deriva de una situación de hecho, en la que se encuentra su titular, la cual al connotar y diferenciar la posición de éste frente al acto administrativo, otorga a esa situación un carácter subjetivo. A este efecto una situación jurídica cuenta también como un hecho, en el sentido, de que funciona como fuente del interés, no como objeto de éste. Así, el propietario tiene interés legítimo en conservar su propiedad frente a la potestad propietaria del Estado, en razón de su carácter de titular del derecho correspondiente, el cual es el origen de su posición diferenciada frente a la Administración; ese interés es de él y no de otro porque es él –y no otro– el titular del derecho de propiedad afectado.

De este modo, la naturaleza jurídica de una situación no impide sino que más bien define la titularidad y naturaleza del interés legítimo, en cuanto ayuda a precisar mejor la relevancia jurídica del antecedente de dicho interés y la función que éste tiene. Llámase situación legítimante la situación jurídica o de hecho en que debe encontrarse un sujeto para reputarse interesado en el ejercicio de las potestades de la Administración.

Existen varios tipos de esas situaciones.

La doctrina y jurisprudencia francesa han construido categorías varias, según la naturaleza del acto administrativo frente al cual se da el interés. Esas categorías son abstractas e iguales para un cierto tipo de actos y constituyen lo que en Francia suele llamarse *"los círculos de interesados"*. Su definición mejor la dio el comisario de gobierno MOSSET cuando dijo:

"La aceptación de un interés que justifique el recurso de anulación (de un acto) está sujeta a una doble condición. Se requiere que el acto atacado lesione material o moralmente al recurrente, que tenga consecuencias perjudiciales para él en uno o en otro plan. Pero es necesario también que dichas consecuencias toquen al interesado en cuanto dueño de una cierta calidad, en un concepto específico, en tanto aquel pertenece a una categoría definida y limitada."

Según este concepto, es esa calidad, título o situación calificada, que determina la pertenencia del interesado (recurrente) a un grupo definido y limitado, lo que origina el interés legítimo o, mejor dicho, la calidad de titular de un interés legítimo. Esa calidad pertenece a tal sujeto con base en una situación individual e intransferible, situación subjetiva de hecho, pero la misma no puede generar el verdadero interés mientras no sea igual a una hipótesis abstracta, propia de una categoría o clase de individuos en determinada posición frente a la Administración acorde con la estructura y función típicas de cada acto administrativo o de cada clase de acto administrativo. Así, el destinatario de un acto individual siempre es dueño de un interés frente al mismo, el miembro de una colectividad afectada por un acto plural o colectivo también lo es, y, con mayor detalle, el sujeto que reúne los requisitos para hacer una petición tiene interés en el acto pedido, el miembro de una comunidad territorial limitada (como la municipal) tiene interés frente a los actos que afectan el patrimonio y el nivel impositivo de la entidad, etc.

Según la doctrina francesa, el círculo de interesados queda determinado por el acto, que es anterior y no posterior a la existencia del interés. Se trata de una inversión visual que no corresponde a la lógica ni a la naturaleza de las cosas, pues es evidente que el interés –como situación substancial, en cuanto dirigida a la obtención no jurídicamente garantizada de un bien de la vida– sólo puede resultar lesionado si preexiste a la lesión, así como el hecho de que el interesado después de ésta, es la misma persona, con igual posición frente a la Administración, que el interesado antes de la lesión. El error de perspectiva se explica en Francia, por la sede contenciosa en que ha nacido la anterior doctrina, dentro de la cual es natural que juegue papel determinante el acto impugnado, como causa inmediata del interés en impugnar. Se verá de seguido, ello no obstante, que tal interés en la impugnación es distinto y no coincidente con el interés legítimo, pues éste es anterior al juicio contencioso. La cita de MOSSET apunta claramente a la distinción cuando hace ver que además del círculo de interesados, debe haber una lesión o daño, cuya posibilidad de reparación es justamente el sustento

del juicio. Sirve la doctrina francesa de los círculos de interesados para resaltar, por encima de sus errores técnicos, el carácter subjetivo y al tiempo susceptible de clasificación y categorización del interés legítimo como entidad sustancial, consistente en una peculiar forma de relación o de posición del administrados frente a las potestades y a los actos administrativos, determinada por la estructura y función de estos últimos. Los intereses pueden ser clasificados, en efecto, de acuerdo con la naturaleza y clases de los diversos actos administrativos.

La doctrina italiana, afinando el enfoque francés, ha orientado su esfuerzo en la búsqueda de la situación lesionada como constitutiva o creativa del interés legítimo, restando acento a la importancia del acto lesivo y a su naturaleza. De este modo, ha procedido a tipificar una serie de situaciones jurídicas y de hecho que generan posiciones diferenciadas del administrado frente a la Administración y que sirven de causa de creación y atribución del interés legítimo. Dichos tipos de situaciones determinan los diversos tipos de intereses legítimos.

a) Los intereses ocasionalmente protegidos

Una primera categoría a establecer es, según se explicó, la de los intereses ocasionalmente protegidos por la dirección finalista de la ley, ni aun siquiera por la naturaleza de ésta (norma de acción o de relación), sino por el destinatario de los actos que la misma regula. Pues si bien es muy dudoso y controvertible el atribuir un fin determinado a una ley, en cuanto directamente encaminada al interés público e indirectamente al privado, es muy simple, a la inversa, el determinar quien es el destinatario de los actos administrativos que aquella regula. Si el destinatario es el interesado puede haber derecho subjetivo y habrá que recurrir a otro criterio distintivo; pero si es tercero frente al interesado, la situación de éste último sólo puede ser de interés legítimo, nunca de derecho subjetivo. Debe reiterarse, sin embargo, que existen doctrinas minoritarias, que con bastante lógica sostienen la existencia de un verdadero derecho subjetivo a la exclusión cuando el competidor solo puede acceder ilegal y deslealmente al mercado.

La situación legítimante consiste aquí, sobre todo, en un concurso o competencia, que se extiende más allá del mundo económico y alcanza, en general, toda posición del sujeto que lo coloque en pugna con otro por la obtención de un bien jurídico de disponibilidad limitada. Hay concurrencia, se quiere decir, cuando los medios de satisfacción

no alcanzan para todos y solo uno o alguno puede obtenerlos, excluyendo a los demás. Es evidente que esto ocurre así ante todo en el mercado de cosas y de servicios, pero puede darse también en punto a bienes de valor meramente cultural o espiritual (como cuando se compite por un premio o título, etc.). Esta hipótesis puede ampliarse hasta admitir la existencia de un interés no solo cuando hay una situación de concurso (económico o de otro tipo) entre dos sujetos, uno de los cuales es el interesado, sino también cuando, en general, haya una incompatibilidad de intereses que convierta el bien de uno en el mal del otro, y viceversa. En tal situación nace un interés en que el ejercicio de las potestades públicas no produzca ese bien o ventaja al tercero competidor, destinatario del acto administrativo, el cual sería de otro modo perjudicial al interesado, en forma tal que objeto del interés es que se produzca el acto opuesto y concretamente:

i. que no se le confiera al destinatario del acto un derecho, potestad o facultad;

ii. que se le suprima un derecho o se le deniegue su ejercicio;

iii. que se le imponga una obligación;

iv. que se mantenga una obligación o prohibición.

Si ocurre lo contrario, nace el interés en la anulación del acto lesivo y la acción correspondiente, cuyo éxito dependerá de la legalidad del acto.

b) Los intereses del interesado como destinatario del acto administrativo

Pueden dividirse en dos grupos importantes, a saber:

i. los intereses propiamente tales;

ii. los intereses-derechos subjetivos o conexos con derechos subjetivos.

Para una cabe explicación del tema conviene anticipar nociones básicas en la clasificación de los actos y procedimientos administrativos, según la estructura y función que presentan, pues dicha clasificación guarda íntimo vínculo con las categorías de intereses legítimos que se

examinan. Puede decirse, en efecto, que los intereses legítimos-derechos subjetivos son los que tienen relación con los actos y procedimientos administrativos de autorización y de imposición. Conviene explicar brevemente el sentido de tales afirmaciones. El particular puede hallarse frente a la Administración en la triple posición siguiente:

i. El particular pide un bien que normalmente es de pertenencia y goce exclusivos de la Administración, la cual no está obligada a darlos, en forma que si lo da, amplía con ello la esfera jurídica y económica de aquél.

ii. El particular pide se le permita desarrollar una actividad que le corresponde normalmente, como parte natural de su vida jurídica y económica, pero que está supeditada en su ejercicio a la coincidencia entre el interés privado que la impulsa y el interés público que puede resultar afectado. La Administración da permiso y hace posible el cumplimiento de esta actividad, o lo niega y el particular queda inhabilitado para ejercer un derecho propio. Puede decirse que así como en la hipótesis anterior, la Administración dispone de intereses propios en beneficio de particulares, quienes en el peor de los casos dejan de ganar un derecho sin perder ninguno, en la hipótesis que ahora comentamos el particular rechazado pierde un derecho que tenía, al no poder ejercerlo.

iii. El particular se ve sujeto a imposiciones de la Administración, que limitan su esfera jurídica, sea suprimiéndole o modificándole derechos, sea imponiéndole obligaciones, conexas con esos derechos o independientes. Conviene ilustrar con ejemplos las tres posibilidades, advirtiendo que las mismas corresponden por su orden a los procedimientos y actos de concesión, de autorización y de imposición.

Son ejemplos del primer tipo de procedimientos (concesional) las concesiones de ocupación y explotación del dominio público, las exenciones fiscales, las subvenciones, las adjudicaciones, los nombramientos públicos, el otorgamiento de la nacionalidad, etc.

Son ejemplos del segundo tipo de procedimientos (de autorización) los permisos de policía para portar armas, para celebrar reuniones públicas, para emprender en comercio de licores o de estupefacientes; para importar o exportar etc., las aprobaciones y autorizaciones en función de controlar sobre las diversas entidades públicas, el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones, la autorización para abrir

y explotar establecimientos privados de enseñanza, la admisión al disfrute de los servicios públicos, etc.

Son ejemplos del tercer tipo de procedimientos (de imposición) los de índole tributaria, las expropiaciones, las medidas de sanidad industrial que imponen obligaciones de hacer o no hacer, de acondicionar locales en cierta forma, las ocupaciones temporales de bienes, la revocación y anulación de actos declaratorios de derechos, etc.

Puede decirse (SANDULLI) que en tanto un procedimiento concesional carece de relación con derechos subjetivos preexistentes, puesto que va dirigido más bien a crearlos, los otros dos últimos procedimientos tienen con ellos tan íntima relación que bien pueden enfocarse como vicisitudes del derecho subjetivo, en sentido exactamente contrapuesto. Mientras el procedimiento y el acto de autorización supone un derecho subjetivo en espera de ejercicio efectivo, pasando de la potencia al acto (*diritti in attesa di espansione*) en virtud de la autorización, el acto de imposición supone un derecho perfecto y en ejercicio, sujeto a eventual terminación o limitación por obra de un acto administrativo (de imposición) que lo suprime o comprime (*dintti affivolitti*). De este modo, el derecho sujeto a autorización puede enfocarse como sometido a una condición suspensiva (de su ejercicio); en tanto que el derecho sujeto a imposición queda sometido a una condición resolutoria, sobrevenida a la cual queda suprimido o comprimido.

La doctrina italiana, que ha estudiado largamente el tema, suele englobar ambos tipos de derecho subjetivo últimamente descritos en el rubro común del llamado derecho debilitado o condicionado (*diritto affievolito*), sin hacer, alteraciones ni distinciones.

La importancia de la correlación anterior entre derechos subjetivos y actos y procedimientos, radica en que, según la doctrina dominante, los derechos condicionados suponen un interés legítimo como fenómeno colateral o sustitutivo. Es decir, la doctrina italiana acepta que el interés legítimo se da en la hipótesis de los derechos condicionados, sea porque acompaña a éstos, que no dejan de ser derechos subjetivos, sea porque éstos son en tal hipótesis una mera apariencia, cuya íntima realidad es la del interés legítimo.

Derecho debilitado es, entonces, el interés legítimo en la conservación o el ejercicio de un derecho subjetivo, ante las potestades públicas

opuestas que pueden suprimir, comprimir el derecho o impedir su ejercicio.

Varias teorías intentan explicar la relación entre derecho subjetivo debilitado e interés legítimo. Una teoría sostiene que el acto administrativo opuesto degrada el derecho subjetivo y lo convierte en mero interés legítimo en la anulación de aquel, sucediéndolo en el tiempo; de este modo el interés legítimo es posterior al acto y naturalmente a la potestad pública correspondiente y se satisface –como entidad meramente procesal– en la anulación de aquel.

Esta es la doctrina dominante.

Otros autores sostienen que desde el momento en que hay una potestad opuesta, no hay verdadero derecho subjetivo, sino única y exclusivamente interés legítimo, cuyo contenido es la conservación del derecho afectado y, secundaria y accesoriamente, la anulación del acto lesivo. Esta tesis parece desconocer la observación elemental de que no hay derechos absolutos porque todos están expuestos a limitación o supresión en un ordenamiento moderno y de que, de ser cierta su posición, no existirían derechos subjetivos.

La doctrina sustenta la coexistencia del derecho subjetivo con el interés legítimo antes del acto, y desaparición o limitación de aquel por obra de la fuerza ejecutoria típica de este último. Según otros hay derecho subjetivo pleno ante los otros administrados y no frente a la Administración, armada con la potestad opuesta, o que equivale a aceptar la tesis anterior de que la posibilidad de limitación o supresión es incompatible (ante la Administración) con la existencia del derecho subjetivo. Algunos, que parecen llevar razón, afirman la plenitud del derecho condicionado o debilitado como verdadero derecho subjetivo, dado que desde su nacimiento supone una autorización de conducta propia (o ajena que garantiza el disfrute de un bien de la vida, mientras no lo impida jurídica y realmente el acto lesivo). El interés legítimo en este enfoque se da en relación con el ejercicio discrecional de la potestad opuesta y nace desde que se inicia el procedimiento de autorización o de imposición, de oficio o a instancia de parte, que es cuando la posibilidad de la lesión empieza a cobrar existencia real y no sólo jurídica.

No puede negarse la perplejidad que produce el variado y polémico panorama doctrinal alrededor de los derechos condicionados o debilitados. La reacción contra la existencia del derecho subjetivo como

interés legítimo no ha tardado en producirse. (CANNADA BARTOLI, CASSARINO). Para esta corriente doctrinal negativa no existen derechos debilitados o condicionados que son verdaderos derechos y no intereses. Sea cual sea el vicio del acto que ilegalmente viola un derecho anterior, este sobrevive esa ilegítima invasión y produce la potestad de repelerla mediante una acción que podrá encaminarse eventualmente no sólo a la anulación de aquel, sino, además al resarcimiento del daño causado. El derecho sigue siendo tal y nunca se convierte en interés legítimo ni coexistente con éste, por obra de un acto opuesto. En virtud del principio de libertad jurídica (consagrado en CR por el artículo 28 de la CP) el individuo tiene derecho a no sufrir otras intervenciones o limitaciones administrativas que las expresamente autorizadas por ley. En consecuencia, todo acto no autorizado está prohibido y permitida la plena manifestación del derecho de libertad ilegítimamente comprimido. Esta doctrina, cierta en relación con el acto inválido, carece de base frente a la potestad contraria al derecho de libertad, en cuyo ejercicio se dicta el acto legítimo que produce la lesión. Conforme a este panorama las situaciones legitimantes o causantes del interés legítimo en relación con actos cuyo destinatario es el interesado, son las siguientes:

i. La iniciación de oficio a instancia de parte del procedimiento concesional, para otorgar un derecho o liberar de una obligación al interesado, en forma discrecional.

ii. La titularidad del derecho condicionado (debilitado o potencial) unida a la iniciación del procedimiento de autorización o de imposición, de oficio a instancia de parte, con miras a la eventual supresión o compresión discrecionales de aquel derecho.

E) Deslinde de figuras afines. El interés legítimo, el interés en el fallo y el interés en la demanda. Régimen positivo

a) El interés sustancial

El interés legítimo es procesalmente la situación jurídica substancial cuya existencia es presupuesto del derecho a obtener sentencia en el juicio de anulación de un acto. El éxito de la demanda depende de la unión de dos circunstancias, que son la titularidad del interés y la invalidez del acto impugnado, sin la última la sentencia tiene que ser confirmatoria y rechazada de la demanda. El interés juega, en todo caso, como presupuesto de la sentencia, en cuanto el pronunciamiento sobre

la validez del acto impugnado no es posible y está más bien prohibido cuando el interés legítimo falta en el actor, por no tener ninguno o por pertenecer a otro. Ese interés debe existir, en consecuencia, al momento de entablarse el juicio (interposición de la demanda) y al momento de dictarse el fallo, sin soluciones de continuidad. Su ausencia es causa de rechazo de la demanda.

No es muy claro el régimen procesal del interés legítimo sustancial en nuestro ordenamiento. Según el artículo 59.1 de la LRJCA, el juez puede dictar sentencias de inadmisión y según el artículo 60 inciso b) *ibídem*, una de las causas que puede justificarlas es el hecho de que la demanda se hubiere interpuesto por persona no legitimada. La ausencia de legitimación, en consecuencia, no impide la sentencia sino que provoca un tipo esencial de la misma, llamada sentencia de inadmisión, cuya característica distintiva está en resolver sobre cuestiones formales que ponen en cuestión la validez del proceso, sin entrar a decidir el fondo del asunto planteado. Se trata de una decisión que con otro terminología podría calificarse como auto definitivo, cuyo dictado pone fin al juicio con carácter de cosa juzgada, sin resolver sobre el mérito. La decisión declarando rechazada la demanda por ausencia de legitimación comprende los casos en que no hay interés legítimo sustancial en el actor, pues la legitimación alude a la titularidad del mismo por éste último según expresa declaración del artículo 10.1.a) *ibídem*. El accionado y la Administración puede revelar el defecto al contestar la demanda, por la vía de las defensas previas, en cuyo caso el asunto ha de resolverse también previamente a la sentencia (artículo 52 *ibídem*). Parece difícil, no obstante, un pronunciamiento sobre legitimación o titularidad de interés legítimo, que sea anterior al fallo, por íntima relación que hay entre el fondo del asunto y esa titularidad sólo podrá procederse a conocer previamente al problema de la legitimación (con base en un derecho subjetivo o interés legítimo) cuando sea muy evidente la ausencia de titularidad de uno u otro, sin que enviar el asunto al fallo pueda reputarse como infracción del artículo 52 *ídem*, que regula las defensas previas, dado que el pronunciamiento sobre legitimación es posible también en sentencia (de inadmisión). Parece claro, sin embargo, que solo hay dos momentos procesales oportunos para pronunciarse sobre la titularidad del interés legítimo, de acuerdo con nuestro régimen contencioso, a saber: la oportunidad señalada por el artículo 50 y siguientes, y la señalada por el artículo 60 *ibídem*. Fuera de tal hipótesis el pronunciamiento es imposible durante el curso del

proceso, lo que puede provocar un grave despilfarro de energía procesal si la ausencia de legitimación se hace evidente en momento distinto. Se trata de una solución heredada del régimen contencioso español, cuya utilidad es dudosa en este punto. Es definitivo, en todo caso, que el pronunciamiento sobre legitimación es normalmente un presupuesto o antecedente lógico del fallo de fondo, en cuanto sólo puede juzgarse sobre la validez del acto administrativo impugnado después de haber resuelto el problema de la titularidad del interés legítimo para impugnar (legitimación del actor). No está igualmente claro si esta última es, además, presupuesto de validez del proceso, dado que un previo pronunciamiento al respecto puede ser posible, como si se tratara de cuestión formal equiparable a la competencia del juez o la capacidad de las partes.

En muchas ocasiones suele confundirse el interés legítimo con otras dos figuras netamente procesales, que son el interés en el fallo y el interés en el juicio. Se trata de figuras distintas aunque conexas con el interés legítimo. La diferencia fundamental radica en que éste es una situación jurídica substancial, cuyo objeto es un bien de la vida, cuya titularidad es posible fuera de todo proceso, y de la cual puede disponerse en cualquier momento, renunciando o traspasando la situación legitimante, en tanto que los otros dos intereses son estrictamente instrumentales y tienen por objeto actos procesales o el fallo final, sin valor extraprocesal alguno.

b) El interés en el fallo (interés en actuar)

Llámase interés en el fallo la posibilidad de una utilidad substancial a derivar de la sentencia de fondo, no del ejercicio de la potestad administrativa. Si bien el interés en el fallo parece tener por objeto una utilidad sustancial, su verdadero contenido está dado por el fallo favorable y por los beneficios que el mismo puede producir, consistentes fundamentalmente en la anulación del acto que suprime el interés legítimo frente a la potestad administrativa. Hay interés en el fallo cuando el actor en el juicio contencioso se encuentre en situación tal, al momento del fallo, que de acogerse su demanda recibirá una ventaja o beneficio sustanciales. Es posible que exista el interés legítimo y no el interés en el fallo, en cuyo caso la demanda debe ser desechada, pues este último es –como el primero– un presupuesto de la sentencia, en cuanto sólo puede resolverse el fondo del negocio si hay interés en el fallo por parte

del actor. Se dan los siguientes ejemplos de disociación entre ambos tipos de interés: el que ha vencido en un concurso de selección de personal público puede tener un interés legítimo en que se justifique mejor o, incluso inversamente su nombramiento, pero carece de interés en el fallo, por ser vencedor y no vencido; el vencido en el mismo concurso tiene interés legítimo en ser vencedor, pero carece de interés en el fallo si al mismo tiempo o después ha resultado vencedor en otro concurso para un puesto de más alta jerarquía; el que demanda una indemnización carece de interés en el fallo si en el curso del juicio una ley se la reconoce, aunque preserve su interés legítimo en obtener lo pedido a través de un acto administrativo sustitutivo del impugnado.

La doctrina y jurisprudencia francesas distinguen este efecto, como ya antes se dijo, entre los círculos de interesados, que originan el interés legítimo, típico y sustancial, y el daño o agravio, extendido como la lesión a ese interés sustancial cuya subsistencia y posición de admisión de la demanda, sin la cual esta rechazada *ad portas* (AUBY ET DRAGO). Desde este ángulo el interés en el fallo es condición no solo de la sentencia de fondo, sino también de validez del proceso, en cuanto sin el mismo éste último –y no sólo el fallo– resulta nulo. La solución en CR parece ser exactamente la opuesta, pues el interés en el fallo es, como se verá, presupuesto de la sentencia de fondo. La doctrina y jurisprudencia francesas han establecido la existencia de cuatro categorías de casos en los que no hay interés en el fallo y en los que en consecuencia, es inadmisible la demanda de conformidad con la consideración de este requisito como condición de admisión y de validez del juicio:

i. Inadmisibilidad del recurso contra el acto que carece de efecto frente al recurrente: no puede atacar una alza administrativa de salarios el empresario familiar, que no paga ninguno; no puede atacar una medida de seguridad e higiene en los locales de trabajo el patrono que ya la haya cumplido; no puede atacar una disposición sobre construcciones el habitante de otro municipio, distinto del que las dictó.

ii. Inadmisibilidad del recurso contra el acto favorable al recurrente: sirve el ejemplo de la adjudicación respecto del adjudicatario, del nombramiento respecto del nombrado; no es admisible la demanda contra una promoción de personal cuando la misma determina otra promoción mejor para el actor, etc.

iii. Inadmisibilidad del recurso contra el acto a disposición del actor: esto se da en relación con acciones de anulación por parte de la entidad autora del acto impugnado, porque puede anularlo administrativamente, por no ser la hipótesis del contencioso de lesividad (actos declaratorios de derechos).

iv. Inadmisibilidad del recurso contra actos debidos, sujetos a repetición: si los vicios del acto son puramente formales y anulados ha de repetirse otro con igual contenido, por ser obligatorio, no hay interés en el fallo, por ser imposible obtener una utilidad sustancial por su medio.

El interés en el fallo en CR parecer ser el requisito de fondo que exigía el artículo 1 del CPC que señala:

> Artículo 1.- *"Para entablar una acción ante los Tribunales de Justicia se requiere:*
> *1) Derecho real o personal que sirva de fundamento a su acción;*
> *2) Capacidad para gestionar judicialmente;*
> *3) Interés actual en ejercitarla."*

Son estos los llamados presupuestos de fondo en el proceso civil, cuya existencia es condición de acogimiento de la demanda, no de su admisión ni de validez del proceso.

El interés en ejercitar la acción, de que habla la citada norma, es el interés en el fallo, entendido –según se dijo– como la posibilidad de un beneficio nuevo para el actor a derivar del fallo, en el momento de dictarse éste, lo que significa que un juicio tramitado sin ese interés es válido, a condición de que el mismo se de cuando se dicta sentencia.

Nuestra ley de lo contencioso no contiene normas específicas que rijan el interés en el fallo, por lo que parece supletoriamente aplicable el artículo 1 del CPC, antes citado, en cuanto lo refuta como presupuesto de fondo, antecedente lógico del fallo, y no de forma, antecedente del juicio y condición de su validez. Se trata, en todo caso de figura netamente procesal, distinta del interés legítimo (sustancial).

c) El interés en la demanda o en el juicio

Muchos autores niegan que, fuera de los dos anteriores tipos de interés (el legítimo y el interés en el fallo), pueda existir otro. Algunos suelen distinguir un tercer tipo llamado el interés en la demanda o interés

en el juicio. Consiste en lo mismo que el interés en el fallo, pero en cuanto este se refleja en la redacción de la demanda. Interés en la demanda es el interés en el fallo que se desprende de los términos en que el autor plantea su reclamo. Si de esos términos puede concluirse que el actor se pretende dueño de un interés legítimo sustancial lesionado y que es posible para él derivar algún beneficio de la sentencia pedida, hay por ese sólo hecho un interés en la demanda o en el juicio, que ha de apreciarse *ad portas* y cuya ausencia origina el rechazo de la demanda y al no trámite del proceso.

La diferencia con el interés en el fallo radica en que mientras este último es una posibilidad real y efectiva de una utilidad sustancial a derivar del fallo, tal y como resulta de la prueba de autos, el interés en el juicio o en la demanda es una posibilidad teórica de este mismo beneficio, fundada en las afirmaciones del actor. Si en consecuencia, el actor expone hechos que evidencian que el acto no lo ha perjudicado, o pida algo imposible o claramente improcedente, o algo que pertenece a otro, el juez puede rechazar la demanda afirmando que basta la lectura de ésta para tenerla por inadmisible, en virtud de falta de interés en el fallo probada por la redacción empleada. Se trata, en realidad de una ausencia de interés en la demanda. Es lógico que la existencia del interés en la demanda deba apreciarse en el momento de admitir ésta y no después, y que su existencia condicione la validez del juicio y no sólo de la sentencia, como ocurre en CR con el interés en el fallo. Su tratamiento procesal puede ser igual al de éste, ello no obstante, en los sistemas como el francés, en que el interés en el fallo es presupuesto formal de validez del proceso.

F) Noción y caracteres

Después de las anteriores observaciones es posible intentar una definición lo más exacta del interés legítimo, que abarque todos sus tipos posibles. Puede decirse, entonces, que el interés legítimo es la expectativa de una utilidad sustancial eventualmente derivable del ejercicio de las potestades de la Administración, en beneficio del destinatario de los actos de ésta o de un tercero (llamado interesado), nacida de una posición diferenciada (jurídicamente, o de hecho) del administrado frente a aquella, y protegida por la posibilidad de restaurarla mediante la anulación, en la vía administrativa o jurisdiccional, de los actos administrativos ilegítimos que la frustran o hacen imposible.

Se desprende claro el carácter fundamental de todo interés legítimo, que resulta necesario resaltar para comprender después la resarcibilidad del mismo, a saber: el interés legítimo es una situación subjetiva y sustancial, no meramente procesal. Quiere decirse con ello que tiene por objeto una utilidad de la vida, sin que, como se anticipó, pueda equipararse a una mera expectativa de la legalidad administrativa, cuya existencia es un medio de restauración del interés, no su contenido.

El interés legítimo existe desde antes del acto lesivo y del proceso, y naturalmente es también anterior al interés en la demanda y en el fallo. Representa un haber en el patrimonio o esfera jurídica de un sujeto, que si bien indisolublemente ligada a la situación legítimante (jurídica o de hecho) que le da origen y al ejercicio de las potestades administrativas, único que puede satisfacerlo, es por sí un bien económicamente valuable y digno de consideración, por ello como situación jurídica subjetiva, propia de un sujeto y fuente de beneficios (en este caso puramente eventuales).

Es lógico, entonces, que su lesión acarree o debe acarrear una responsabilidad conducente a su plena reparación, hoy negada por la mayoría de los tribunales pero progresivamente afirmada y aceptada por la doctrina.

En ésta se suele afirmar que el interés legítimo debe reunir, además, determinadas características para poder reputarse verdaderamente tal, características que, por otra parte, son las mismas que deben presentar los otros dos tipos de interés antes examinados, el interés en el fallo y el interés en la demanda o en el juicio.

Dichas características son:

a) El interés debe ser personal e individual

Se quiere decir, con lo de individual, que debe ser un interés *uti singular*, de satisfacción fácilmente localizable en el interesado y divisible a su favor, no un interés *uti universi*, en el que participen todos los miembros de una colectividad por igual. Este requisito alude en realidad a la exigencia genérica de que el interés sea subjetivo o propio de un sujeto en situación diferenciada, no de todos los miembros de la comunidad. Se dieron ya algunos ejemplos de lo que no se considera interés legítimo desde este punto de vista. Muchos de ellos, sin embargo, presentan

graves dudas, pues es posible encontrar múltiples situaciones en que es posible el beneficio de todos o de la mayoría social y, a la vez, la posición diferenciada de unos pocos; no hay duda que sólo estos son dueños de un interés, pero debe admitirse que por lo menos éstos lo son. Así, hay interesados legítimos –contra lo que sostiene la doctrina dominante– frente a leyes o reglamentos que exijan una legislación favorable para la comunidad y específicamente para algunos sujetos que serían necesaria o muy probablemente sus beneficiarios, pese a la inevitable indeterminación y vaguedad actuales de los sujetos interesados. Todo aquel que puede considerarse con seguridad como beneficiario futuro de la nueva regulación, debe tener interés legítimo en que se dicte, con medios procesales para lograrlo.

Se agrega que el interés debe ser personal, con lo que se dice que no puede ser de otra persona, lo que es evidente. El problema se presenta cuando hay una interrelación intensa entre intereses, cada uno de los cuales sufre indirectamente la lesión o el beneficio que se da en relación con el otro. Es el caso de las sociedades o personas colectivas con un interés funcional respecto de los intereses de sus miembros, y a la inversa. En la mayoría de los países se niega que un socio o afiliado pueda ejercer acciones por lesión de interés del sindicado o sociedad a que pertenece, así como la posibilidad de que estos últimos puedan ejercer acciones fundadas en la presunta lesión del interés de sus miembros (Argentina, España, Italia, etc.). En Francia, sin embargo, la Jurisprudencia y doctrina son mucho más amplias y progresistas y permiten que tal tipo de intereses ajenos, pero indirecta y parcialmente personales, puedan ser considerados como verdaderos intereses para todo efecto, en ciertas condiciones de hecho que evidencian la interrelación. La evolución probable y recomendable en este extremo es la que tiende hacia la eliminación del requisito de personalidad, reduciéndolo más bien, a un requisito de relevancia personal, aunque indirecta, del acto frente al interesado. Hoy por hoy el requisito es exigible.

b) El interés debe ser actual

Se intenta decir con ello, en primer término, que debe existir en todo momento del juicio para su restauración; pero, en segundo término y también en relación con dicho juicio, que la lesión reclamada debe ser presente y no futura. Debe tenerse en cuenta para este efecto que la lesión de un interés solo es posible cuando se da un acto definitivo ya eficaz y completo en todas sus fases, incluso en la integrativa (de su

efecto), aunque no e
cuando se ha complet
la producción definitiv
cia– la lesión puede p
consecuencia, la actu
nitivos (preparatorios)
de perfección necesar
de actos ineficaces.

c) El interés d

Se entiende con el
mejor todavía, que el
situación legítimamen
lación con la cual se h

De este modo no e
otro interés, por ejem
no-promoción de un
restaurante por la can
pendía el derecho y la

Casos como estos p
de tercero, pero no la
saría mejor y con más
cuando es autónoma
cuando depende, a su
sujetos.

d) El interés d debe ser tu namiento

Las características
legítimo, cuando del i
de éste último para ju
actor en la vía conten
califican un interés le
aspectos de lo que el
medios de identificaci
que el interés existe

efecto), aunque no es necesario que haya sido ya efectuado. Sólo cuando se ha completado el procedimiento administrativo tendiente a la producción definitiva del efecto –aunque sólo sea en primera instancia– la lesión puede producirse y considerarse actual y no futura. En consecuencia, la actualidad no se da cuando se trata de actos no definitivos (preparatorios) o de actos pendientes (ausencia de elementos de perfección necesarios para la formación o constitución del acto) o de actos ineficaces.

c) El interés debe ser directo

Se entiende con ello que debe ser directa la lesión del interés o, mejor todavía, que el único interés verdadero es el que deriva de una situación legítimamente propia del interesado, no de una ajena, en relación con la cual se haya producido un acto lesivo.

De este modo no es directa la lesión cuando deriva de la lesión de otro interés, por ejemplo: la lesión por lo no-promoción derivada de la no-promoción de un tercero; la lesión del comerciante dueño de un restaurante por la cancelación de la concesión ferroviaria de la que dependía el derecho y la rentabilidad de esa explotación comercial, etc.

Casos como estos permiten la coadyuvancia o intervención adhesiva de tercero, pero no la demanda de anulación. Este requisito se expresaría mejor y con más utilidad si se dijera que la lesión sólo es directa cuando es autónoma y dependiente exclusivamente de un acto, no cuando depende, a su vez, de otros actos dictados en relación con otros sujetos.

d) El interés deber ser legítimo, con lo que se dice que debe ser tutelado o, al menos, prohibido por el ordenamiento

Las características apuntadas no son tanto, como se ve, del interés legítimo, cuando del interés en el fallo y apuntan todas hacia la aptitud de éste último para justificar una sentencia favorable a la pretensión del actor en la vía contenciosa. Es útil aclarar que todas las notas anteriores califican un interés legítimo ya existente y que, en consecuencia, son aspectos de lo que el mismo debe ser para considerarse legítimo, no medios de identificación ni elementos de su existencia. Quiere decirse que el interés existe aun sin esas notas, aunque no puede reputarse

como jurídicamente relevante o apto para derivar de él la legitimación sustancial y procesal normalmente conectada a su existencia. El interés sin esas notas sigue siendo tal, pero en forma discrepante de su esquema legal y el juicio basado en él sería legítimo y anulable. La única de todas las anteriores que puede reputarse nota esencial para la existencia e identificación del interés legítimo, en cuanto sin la misma este no sería tal, es la de ser sustancial y autónomo, anterior al acto lesivo y al proceso. Esta nota es más bien un reflejo de inexistencia del interés, a la cual va necesariamente unido y sin la cual dejaría de ser lo que es para convertirse en uno de los otros dos tipos comentados.

Para justificar un proceso, sin embargo, el interés debe no solo existir sino aparecer como el ordenamiento lo exige y reunir todas las notas antes examinadas.

G) Signos distintivos

Se han propuesta varios criterios de identificación práctica del interés legítimo a saber:

a) Normas de acción y de relación

Se explicó ya esta doctrina, cuya crítica fundamental puede resumirse en dos objeciones:

i. Toda norma de relación es de acción, en cuanto limita la conducta administrativa, vinculándola al respecto de los derechos ajenos y prohibiéndole lesionarlos ilegítimamente;

ii. Toda norma de acción que regula una potestad externa, cuyo efecto recae en el administrado, es una norma de relación si el ejercicio de la potestad es enteramente reglado, pues ello crea un derecho subjetivo de aquél a dicho ejercicio, salvo si el acto va destinado a un tercero en conflicto, en cuyo caso puede haber un mero interés legítimo. La conexión necesaria entre este último y la norma de acción queda reducida –hecha la anterior salvedad– a los casos en que no hay discrecionalidad, con lo que el criterio pierde autonomía utilidad como tal.

b) Potestad discrecional y reglada

Es indudable que no hay derecho subjetivo al ejercicio de una potestad discrecional, frente a la cual solo es posible el interés legítimo. Se ha mantenido que, pese a ello, no es verdadera la hipótesis inversa, pues es posible la existencia de un interés legítimo –y no de un derecho subjetivo– en relación con potestades enteramente regladas. Aparte de que los casos de regulación total son excepcionales, pareciera que la objeción queda confinada al campo de los intereses ocasionalmente protegidos, aquellos que se presentan fundamentalmente en situaciones de competencia económica, en las cuales es posible al interesado exigir el ejercicio de la potestad reglada contra y frente al competidor, sin tener por ello un derecho subjetivo. Se explicó ya que la tesis opuesta, que sostiene la existencia del derecho subjetivo en hipótesis de este tipo, cuenta con fuertes razones y autorizados defensores a su favor. Pero aun suponiendo que en el caso haya sólo interés legítimo, el criterio en discusión sería útil y acertado, pues permitiría formular una regla clara y sencilla. Hay interés frente a la potestad discrecional siempre y en todo caso, mientras que lo hay frente a la reglada únicamente cuando su ejercicio va destinado a un tercero.

Debe insistirse en que el concepto del interés legítimo como correlato del deber subjetivo de observar la ley, deriva del erróneo supuesto de que el interés es una entidad formal e instrumental, cuyo objeto es la legalidad de la conducta administrativa, y no sustancial y autónoma, orientada hacia los bienes económicos y espirituales de la vida. En el primer enfoque es clara la conexión con el proceso contencioso y con la legalidad administrativa, mientras en el segundo es evidente la conexión con la potestad discrecional (parcialmente reglada, como es lo normal) de cuyo ejercicio puede nacer la obtención del bien buscado y la satisfacción del interés.

Conviene reiterar, por ello, la aserción de que la legalidad es medio de garantía y de restauración, no objeto ni causa del interés legítimo.

c) Carencia de potestad y ejercicio ilegítimo de una potestad existente

La doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia del Consejo de Estado en Italia, han ideado un criterio aparentemente claro y objetivo para detectar el interés legítimo. A partir de la clasificación de las normas en

reglas de acción y de relación, posteriormente sometida a amplia crítica, se ha llegado a determinar el punto básico de verdad que radica en la discusión, que es la necesidad de una norma que regule y atribuya una potestad pública (al órgano agente) para la existencia del interés legítimo. La norma atributiva es expresión, en realidad, de una regla superior, que es el principio de legalidad administrativa, según el cual el conferimiento de una potestad requiere la regulación mínima del sujeto, del fin y (normalmente) del contenido (excepcionalmente sólo del motivo) del acto autorizado. Esa atribución, al crear la potestad, degrada automáticamente cualquier derecho subjetivo al rango de un interés legítimo, pues si hay competencia para dictar un acto de contenido incompatible con el derecho subjetivo opuesto, es evidente que –aunque tal potestad se ejerza ilegalmente y con violación de la ley en otros aspectos, que pueden ser meramente formales– el administrado carecerá de derecho subjetivo a que el acto perjudicial no sea dictado. Corregidos los defectos formales o de otro tipo que padezca el acto –y que pueden efectivamente originar su anulación en vía contenciosa– éste podría repetirse con igual resultado, lo que revela que el particular sólo tiene un interés en conservar u obtener un beneficio, no un derecho subjetivo, dado que no puede evitar el acto desfavorable. Esta doctrina se ha combinado con la que se refiere a la autoridad ejecutoria del acto administrativo, según la cual todo aquél nacido de una potestad administrativa, incluso si es ilegal, extingue cualquier derecho subjetivo opuesto mientras mantenga su ejecutoriedad típica (que se mantiene mientras no sea anulado). En consecuencia, frente a un acto dictado en uso de una potestad administrativa, aunque sea ilegal y anulable, hay sólo intereses legítimos, nunca derechos subjetivos, puesto que éstos desaparecieron con tal acto, de haber preexistido.

El derecho subjetivo se da únicamente cuando hay carencia total de potestad, la que bien se explica por las razones anteriores aplicadas a *contrario sensu*.

La doctrina expuesta puede ser empleada con éxito relativo en la identificación del interés legítimo frente al derecho subjetivo. Debe decirse, en primer término, que es útil únicamente para distinguir y localizar el interés legítimo del tipo llamado "derecho condicionado" (debilitado o potencial), pues la problemática que esta doctrina toma en cuenta hace referencia exclusivamente a la supervivencia del derecho subjetivo como tal y sin menoscabos ni degradaciones, frente a las potestades opuestas que intentan suprimirlo, comprimirlo o inhibirlo, sin

relación con las hipóte
miento concesional) o
ción competitiva frent
dos). En segundo tér
que se haga claro el di
testad pública opuesta
cuando hay una expre
derecho genérico de li
recho que es de princi
coexistente con la aus
libertad y al mismo te
comentario, con exclu
el ordenamiento, que
respecto de las potest
trata de una doctrina c
los casos, pues es muy
timo ejercicio de una p
tajante y sencillo de d
claro de vista, la distir
entre la incompetencia
incompetencia, no hay
como derecho subjeti
legítimo si el acto está
(con el alcance que op
el criterio aplicado po
en comentario. La inc
potestad para este efe
ducido una serie de cri

Un reconocido auto
tes para ilustrar la incer

i. La ley exige que a
utilidad del fin y la nec
cabo;

ii. La autoridad de c
República), ejerce su f
lista taxativa y limitativa
nombramiento o remo

relación con las hipótesis en que se trata de obtener un bien (procedimiento concesional) o en que se intenta mantener o mejorar la posición competitiva frente a terceros (intereses ocasionalmente protegidos). En segundo término, es doctrina aceptable sólo a condición de que se haga claro el distingo entre derecho subjetivo y ausencia de potestad pública opuesta, que no son equivalentes, dado que aquel se da cuando hay una expresa autorización de conducta, salvo si se trata del derecho genérico de libertad, correlato de una abstención general, derecho que es de principio. En virtud de ello, el único derecho subjetivo coexistente con la ausencia de una potestad pública negativa es el de libertad y al mismo tendría que restringirse el alcance del enfoque en comentario, con exclusión de todos los demás creados y regulados por el ordenamiento, que existen por sí con entera independencia causal respecto de las potestades públicas. En tercer lugar, y sobre todo, se trata de una doctrina confusa y de incierta aplicación en la mayoría de los casos, pues es muy difícil discernir la ausencia de potestad del ilegítimo ejercicio de una potestad existente, si no se parte de un concepto tajante y sencillo de distinción. Es evidente que, siguiendo un punto claro de vista, la distinción correría pareja con la que puede hacerse entre la incompetencia y los otros vicios del acto administrativo: si hay incompetencia, no hay potestad y el derecho condicionado se mantiene como derecho subjetivo pleno, y, a la inversa, hay potestad e interés legítimo si el acto está viciado por violación de ley o exceso de poder (con el alcance que oportunamente se explicará). Pero éste no ha sido el criterio aplicado por la jurisprudencia italiana, fuente de la doctrina en comentario. La incompetencia relativa no impide la existencia de la potestad para este efecto, y así la jurisprudencia y la doctrina ha introducido una serie de criterios de difuso perfil práctico.

Un reconocido autor (GIANNINI) ha puesto los tres ejemplos siguientes para ilustrar la incertidumbre del criterio sustentado:

i. La ley exige que antes de una expropiación se dictamine sobre la utilidad del fin y la necesidad del bien, sin los cuales aquélla se lleva a cabo;

ii. La autoridad de controlar (como nuestra Contraloría General de la República), ejerce su función sobre un tipo de acto que no entra en la lista taxativa y limitativa de los actos sujetos a ella (por ejemplo sobre el nombramiento o remoción de un empleado público);

iii. Expropia autoridad distinta de aquella que tiene el monopolio de las expropiaciones en un ordenamiento (por ejemplo el Gobernador en nuestro Derecho).

La jurisprudencia, según el autor, reputa los dos primeros casos como ejercicio ilegítimo de una potestad y el tercero como ausencia o carencia total de potestad, no obstante la certeza de que también el segundo envuelve un problema de competencia. El mismo autor concluye en que el criterio es, no la atribución de una potestad o su ausencia, sino la atribución de función o fin típico, al que se ordene, por razón de la materia, la competencia del agente. De este modo, hay atribución aunque haya incompetencia si actúa un jefe político en lugar de un Gobernador o éste en lugar del Ministerio de Gobernación; pero hay carencia de potestad –y no mera incompetencia– si actúa un órgano en lugar de otro de Ministerio diverso, o, incluso, de otro del mismo Ministerio con fines totalmente distintos, como ocurriría si el Ministro de Gobernación declarara caduco un contrato industrial, o si el Jefe del Registro de Prenda ordenara denegar una inscripción en el Registro Mercantil. El criterio claro parece ser imposible, según ello, pues cabría plantear interrogantes de muy dudosa respuesta si se entrara a distinguir la relación o correlación entre los fines públicos que califican cada competencia, normalmente imbricados en forma muy estrecha (cuando menos en la hipótesis de órganos de un mismo Ministerio). Es posible concluir, sin embargo, en que el criterio podrá aplicarse automáticamente siempre que se dé una incompetencia relativa o una absoluta (por razón del territorio, de la materia o de las personas administrativas), a reserva de examinar cada caso cuando se da una incompetencia relativa o una absoluta por razones diversas (por ejemplo por el tiempo límite para actuar).

Si hay incompetencia absoluta por las razones dichas, habrá ausencia de potestad y derechos subjetivos contrapuestos; si hay otro vicio, o incompetencia absoluta por razones diversas, habrá normalmente ejercicio ilegítimo de la potestad e intereses legítimos afectados, sin excluir hipótesis excepcionales en que podrá darse el derecho subjetivo.

Consideramos elemental la ampliación de la doctrina en examen a las hipótesis de falta de motivo, como equiparables a la falta total de competencia o carencia absoluta de poder. En efecto: si el motivo es el antecedente objetivo –jurídico o de hecho– que hace posible o necesario el ejercicio de la competencia para el caso concreto, es evidente

que su inexistencia implica una imposibilidad del acto dentro de la circunstancia, equivalente a una falta del poder para realizarlo. Así, el caso de una autoridad incompetente para expropiar parece asimilable al de la autoridad competente que actúa sin que medie ni declaración ni comprobación de la utilidad del fin y de la necesidad del bien, condiciones sin las cuales la potestad legal existente en abstracto no puede ni debe ejercerse. Lo mismo podría predicarse de los supuestos en que hay falta total de motivo, en todos los cuales se quebranta el principio de adherencia al fin público (que prohíbe el despilfarro de energía administrativa en relación con los cometidos públicos). Esta asimilación entre carencia de potestad y carencia de motivo no es aceptada por la doctrina ni la jurisprudencia italiana, con desconocimiento de una lógica elemental tutelar del administrado y de la legalidad administrativa.

d) Exclusividad (concurrencia) del interés y carácter reglado (discrecional) del acto

Un distinguido autor argentino (Agustín GORDILLO) ha propuesto un criterio práctico y operante de identificación del derecho subjetivo por contraste con el interés legítimo, centrado en dos fenómenos complementarios a saber:

i. el carácter reglado o discrecional de la potestad en ejercicio;

ii. el carácter individual o concurrente del interés a satisfacer con dicho ejercicio.

El derecho subjetivo se da cuando una regla precisa impone a la Administración una conducta en favor de un sujeto considerado como individuo, aunque contenga pareja imposición en favor de otros, integrantes o no, de un grupo común. Así, hay interés legítimo no sólo cuando la Administración tiene que dar una subvención por monto determinado en favor de una empresa industrial que es monopolio, sino también cuando tiene que darla por igual a todas y cada una de las empresas del ramo, aunque no haya monopolio. Lo importante y decisivo para que haya individualidad y derecho subjetivo es que cada empresa pueda exigir y obtener, con entera independencia de la suerte que corran las otras, la totalidad de la subvención a ella destinada. Para que haya derecho subjetivo es necesario que se den ambas circunstancias, obligatoriedad e individualidad de la conducta administrativa, pues cada una es necesaria pero no suficiente al efecto: si la conducta debida

es también discrecional, o si es debida sólo a unos y no a todos los integrantes del grupo que aspira a ella, hay un interés legítimo y no un derecho subjetivo frente a la Administración.

Es posible, en efecto, que una conducta sea obligatoria pero discrecional su contenido, o a la inversa, y en ambos casos es también posible que sólo haya una conducta disponible para uno entre muchos, lo que ocurre con claridad en las licitaciones y demás concursos administrativos organizados, pero en general, siempre que la demanda de los administrados supere a la oferta de bienes de la Administración. Pareciera que ambas hipótesis, la de discrecionalidad y la de insuficiencia de bienes disponibles, son reducibles a la primera, pues la última opera normalmente a través de una discrecionalidad en la elección del beneficiario, con exclusión del resto.

En la doctrina en examen, las dos hipótesis aparecen como distintas y complementarias, de modo que el derecho subjetivo nace por el concurso de la obligatoriedad con la individualidad del prestación, y el interés legítimo por ausencia de una cualquiera de las dos situaciones, sea porque ésta es discrecional (aunque sólo parcialmente), sea porque sólo es una para muchos.

Este criterio puede reducirse, en realidad y como se anticipó, al de la discrecionalidad administrativa como fuente del interés y al de la total vinculación reglamentaria de la potestad frente al particular, como fuente del derecho subjetivo. Se trata, como quiera, de un planteo claro y sencillo, que puede ser de fácil manejo y gran utilidad para los tribunales.

H) Ejercicio y disposición del interés legítimo. Renuncia, transacción y transmisión

El interés legítimo es, en todas sus formas, una situación jurídica normalmente inactiva que no autoriza la conducta del interesado sino en forma muy limitada. Su manifestación dinámica más sobresaliente es la potestad de acción procesal (de anulación) del acto administrativo opuesto, que lleva implícita.

No es esa, sin embargo, su única expresión activa. En cuanto situación jurídica sustancial, el interés legítimo puede ser objeto de disposición por parte de su titular, en forma igual a como lo es el derecho subjetivo.

El interés legítimo depende, para efectos de su disposición, de la situación legítima que lo produce. En consecuencia, se dispone o transmite el interés legítimo conjuntamente con esta última, sin lo cual resulta imposible para la mayor parte de la doctrina. En los intereses – derechos subjetivos la transmisión se opera con la de estos derechos; en los intereses ocasionalmente protegidos o en los procedimientos concesionales, con la sustitución jurídica del interesado por un tercero, que sobrevenga en el procedimiento en su lugar o asuma su posición competitiva frente a otros en el mercado. Lo anterior está admitido en nuestro ordenamiento por el artículo 13.1 LRJCA, que dice:

> Artículo 13.- *"Cuando la legitimación de las partes derivase de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder, en cualquier estado del proceso, a la persona que inicialmente hubiese actuado como parte."*

La muerte produce la extinción de los intereses unidos a una situación legítimamente, de carácter personalísimo, pero no cuando esta última es transmisible, en cuyo caso la sucesión se opera normalmente. La forma más común de disposición del interés legítimo es la renuncia, tácita o expresa, fundamentalmente bajo la forma de la transacción. En cuanto los intereses envuelven problemas de legalidad administrativa y la contraparte es siempre la Administración, la transacción sobre aquellos resulta posible de objeciones iguales a las que se hacen normalmente a la transacción administrativa, que es una y la misma cosa. De este modo parece aceptable únicamente cuando está expresamente autorizada por ley, en la medida de la autorización.

La renuncia unilateral, en cambio, es posible sin límites (fuera de disposiciones cogentes en contrario que la hagan nula) mediante documento que manifiesta la voluntad del titular de soportar sin accionar determinada acción administrativa; o tácitamente, mediante el consentimiento del acto desfavorable, que, una vez consentido, resulta inimpugnable a la luz del artículo 21 de la LRJCA, que veda la acción contenciosa respecto de los *"actos consentidos expresamente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma"*. Una forma de los actos consentidos son los actos confirmatorios y reproductores (cuyo concepto será oportunamente explicado alrededor de la clasificación de los actos administrativos).

Para que la renuncia del interés en estos casos sea válida, es necesario que se de sin reservas, aunque éstas, a su vez, pueden tenerse por

inoperantes si la voluntad de renuncia es clara e inequívoca y aparece evidente el error cometido con la reserva y como contraria a la verdadera voluntad del declarante, según se desprende de la lectura total del documento.

La renuncia, además de clara e inequívoca, debe ser espontánea y no impuesta por la necesidad. Se discute si tal necesidad, excluyente de la renuncia, puede ser real, además de jurídica. Se entiende por ésta última aquella en que se encuentra, por ejemplo: el sujeto a la ejecución forzada de un acto administrativo, en virtud de la ejecutoriedad del mismo, con el fin de evitar penas o consecuencias perjudiciales de mayor envergadura. Ello no obstante, la ejecución del acto sin protesta ni reserva previa o simultánea es índice concluyente de la renuncia, salvo prueba sustancial en contrario. Diversamente ocurre con la necesidad económica, que surge cuando el acto consentido o a consentir dispone la concesión de derechos vitales de índole personal, como pensiones alimenticias, jubilaciones, indemnizaciones por lesiones, etc. En tales casos, la mejor doctrina encuentra posible recibir el derecho aun sin reserva ni protesta para asegurar su urgente percepción, y salvar después el interés en la legalidad del acto mediante la posterior presentación de una reserva o protesta, que debe ser previa en el caso de derechos de distinto linaje, según se apuntó.

De este modo, la regla general a sentar es que la renuncia opere siempre que haya aceptación tácita o ejecución del acto sin reserva ni protesta previa ni simultánea, salvo casos de urgencia, por ser vital para el administrado la percepción del derecho nacido del acto, en cuya hipótesis la reserva o protesta puede ser posterior.

I) Régimen doctrinal y positivo del interés legítimo

El interés legítimo ha sido siempre considerado como interés en el fallo o interés en el juicio, que es su faz puramente procesal. Desde este punto de vista, se han extraído varias consecuencias legales, todas fundadas erróneamente en su naturaleza no sustancial, que al regirlo limitan e incluso suprimen su verdadera función tutelar del administrado.

Las funciones comúnmente atribuidas al interés legítimo son fundamentalmente dos:

1) Es instrumento de legitimación para entablar las acciones contenciosas llamadas de anulación, que son las que van dirigidas única y exclusivamente a suprimir el acto administrativo ilegal, sin garantizar beneficio ulterior alguno al demandante; tales con las acciones a que se refiere el artículo 10.1 de la LRJCA y que se contraponen a las previstas por el inciso 3 *ibídem*, en cuanto éstas van encaminadas, además al *"reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial"*, lo que alude a la obtención de actos debidos o de una indemnización por los daños causados con base en el anulado, lo cual es posible únicamente en favor de quien tiene un derecho subjetivo de base. La anterior distinción de funciones del interés legítimo corresponde a la añeja clasificación francesa entre la jurisdicción objetiva de anulación y la jurisdicción subjetiva de plena jurisdicción, distinción que se hace allí sobre la base del interés o del derecho subjetivo, respectivamente, como *causa petendi*, y de la pretensión pura de anulación o de pleno restablecimiento de un derecho violado, respectivamente, como *petitum* del juicio.

La reducción del interés a causa legitimante del actor en un juicio objetivo de mera anulación, sin posibilidad de obtener ni actos debidos ni indemnizaciones por su omisión, es la consecuencia más grave del enfoque puramente procesalista de dicho interés.

2) Es instrumento de distingo entre jurisdicciones contra la Administración. En Italia hay dos jurisdicciones para ese efecto: la ordinaria, que es la misma que toca a los ciudadanos, tutelar de los derechos subjetivos de éstos contra la Administración y equivalente a la francesa de plena jurisdicción por los poderes del juez, que aquí puede condenar a la Administración al pago de indemnizaciones; y la (jurisdicción) propiamente administrativa, que conoce únicamente de la legalidad de los actos administrativos en relación con los intereses legítimos del ciudadano, equivalente a la jurisdicción francesa de anulación en cuanto a los poderes del juez, que aquí solo puede anular el acto ilegítimo, sin condenatoria alguna contra la Administración, ni aun siquiera con signo meramente resarcitorio. La jurisdicción ordinaria está administrada en Italia por jueces del Poder Judicial y la administrativa por jueces de la Administración (Poder Ejecutivo o Gobierno).

Esta función es desconocida en nuestro medio, donde hay una única jurisdicción y un solo procedimiento para todo litigio contra la Administración, sea cual sea su clase (público o privado), su *causa petendi*

(derecho subjetivo o interés legítimo) o su *petitum* (anulación o restablecimiento de una situación jurídica individual) (ver al efecto artículos. 1 a 5 de la LRJCA).

Importa detenerse, en consecuencia, en la consideración del interés legítimo como causa de responsabilidades de la Administración, por lesión ilegítima del mismo, sobre todo con vista del artículo 49 de la CP que dice:

> Artículo 49.- *"La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados."*

Será suficiente protección de un interés legítimo la anulación del acto lesivo, sin la imposición del acto sustitutivo que los satisfaga y sin la reparación de los daños y perjuicios causados por la lesión.

El tema es amplio y espinoso y conviene tratarlo con algún detenimiento.

J) De la resarcibilidad del interés legítimo

La doctrina y la jurisprudencia del Derecho Comparado son casi unánimes en afirmar, como principio general, que el interés legítimo no es resarcible ni puede dar pie para responsabilidades de la Administración, como tampoco a las consecuentes acciones subjetivas, dirigidas a obtener indemnización por el agravio que se le cause. La doctrina sienta acto seguido una serie de salvedades, dentro de las que hay la posibilidad opuesta, de lograr reparación y restablecimiento. La fundamentación de tal postura doctrinal, de enorme trascendencia para la defensa o la indecisión del ciudadano frente a la Administración ha sido ardua y polémica, pero de muy pobre resultado.

Se reconoce, en primer término, que los intereses-derechos condicionados pueden dar lugar a la acción subjetiva de plena jurisdicción, al menos en cuanto a la reparación plena de los daños y perjuicios causados *medio tempore* al derecho subjetivo, que sufrió una ilegítima supresión o compresión, con consecuencias materiales irreversibles, mientras no se anuló el acto administrativo causante. Desde el momento en que éste es anulado, el derecho subjetivo condicionado deja de serlo y recobra toda su plenitud, con lo que cualquier menoscabo sufrido antes de esa anulación y después, como repercusión imborrable del acto,

adquiere retroactivamente un carácter ilegítimo y la Administración se hace responsable por su total reparación. Esto puede predicarse no sólo de los derechos debilitados que se ven suprimidos o limitados (por una expropiación, una orden de policía, etc.) sino también de los derechos potenciales (que SANDULLI llama *"inatessa di expansione"*) que se ven inhibidos en su ejercicio por la denegación de un permiso o autorización al afecto, que, en su lugar, debió concederse cuando fue pedida. La Administración, en buena ley, está obligada entonces no sólo a reparar las consecuencias del acto ilegal (expropiación, orden o denegación ilegítimas), sino a dictar el acto legal desde que debió darse (*"ora per allora"*, como dice la doctrina italiana), pero esta segunda consecuencia es bastante más polémica y discutida. Es claro y cierto que, en todo caso, la mayoría de la doctrina reconoce la necesidad jurídica de indemnizar la lesión de los derechos condicionados por la Administración, una vez anulado el acto ilegítimo que los agravió, aunque los mismos se reputen intereses legítimos y no verdaderos derechos subjetivos.

Fuera de ese campo, todo es política y sutilezas legales en contra del administrado. La misma doctrina que reconoce la anterior conclusión favorable a los intereses de este último, introduce ya una reserva en el caso de los "derechos potenciales" (*"in atessa di espansione"*), consistente en decir que la indemnización sólo cabe cuando la Administración, anulado el acto ilegítimo que deniega e impide su ejercicio, concede la autorización o permiso, porque ello prueba irrefutablemente que pudo y debió hacerlo desde un principio. La reserva o salvedad deja la indemnización del caso al arbitrio de la Administración, si ésta conserva una potestad discrecional para dar o rehusar el permiso después de la anulación de la denegatoria anterior, y restringe a la hipótesis, de que el acto administrativo es enteramente debido a la procedencia de aquella o vinculado, en cuyo caso es objeto de un verdadero derecho subjetivo y no de un interés legítimo.

Todo lo anterior ha motivado a un sagaz publicista (MIELE) a sostener que cuando se dice que los intereses legítimos son indemnizables en la hipótesis de anulación de los actos que lesionan "derechos condicionados", no se sostiene en realidad esa posibilidad sino que se confirma la vieja tesis de que sólo los derechos subjetivos pueden dar lugar a una reparación patrimonial, porque la misma se concede en la medida en que el interés ha dejado de serlo para convertirse en derecho, es decir:

en la medida en que cesa el derecho condicionado para convertirse en pleno, por la anulación del acto opuesto que lo comprime o amenaza.

La confirmación de esa aguda observación la da la misma doctrina –aparentemente amplía y generosa con los intereses legítimos–, al sostener y explicar la conclusión negativa a su reparación patrimonial cuando se trata de los intereses típicamente tales, los que se dan en procedimientos concesionales o los ocasionalmente protegidos, ninguno de los cuales parece guardar relación inmediata con derechos subjetivos preexistentes. Aquí la indemnización se niega sin otra razón que la suministrada por la aparente inexistencia de un derecho subjetivo lesionado en conexión con el agravio inferido al interés legítimo, apariencia que –como veremos– es engañosa.

La doctrina negativa consiste en explicar que sólo el derecho subjetivo garantiza la titularidad y, con ello, el disfrute y disposición de un bien sustancial de la vida, único que puede ser objeto de agravio. Para enmarcar su planteo dentro del esquema clásico de la responsabilidad civil, se dice que la lesión de un interés legítimo, en cuanto no garantiza el acceso a esa utilidad de la vida, no puede constituir lo que en teoría de la responsabilidad civil suele llamarse "el daño", o "lesión antijurídica". Sólo el derecho subjetivo puede ser posible de lesión, daño o agravio, en el sentido en que tales términos se entienden en la dogmática de la responsabilidad estatal.

Consideramos fundado el dogma y su conclusión frente a los intereses relativos a potestades concesionales de la Administración, que al ser discrecionales no garantizan el acceso al bien esperado. Ello no obstante, es evidente para cualquier jurista que se mantenga al contacto con la vida, que ya ese principio, teóricamente aceptable, envuelve grandes injusticias en su aplicación, para evitar las cuales debería dictar una norma escrita que supla las deficiencias valorativas del principio y que imponga la indemnización o una compensación adecuada cuando el interesado logre la anulación del acto ilegítimo que frustró su interés, después de cuantiosa inversión de esfuerzo en la vía administrativa y o jurisdiccional, ante la pasividad de todos los demás cointeresados (en la misma licitación o en el mismo concurso). Su posición después de tales esfuerzos no es igual que la de éstos y el único medio de consagrar esa desigualdad es garantizándole una congrua indemnización, improcedente en favor de los otros.

El razonamiento no es de justicia sino de estricta dogmática jurídica cuando nos enfrentamos al caso de los intereses ocasionalmente protegidos, los que se dan en los conflictos (económicos o de cualquier otra índole) entre el interesado y otro tercero, destinatario de un acto administrativo. En estos casos la función misma del interés demuestra la necesidad de su reparación pecuniaria, caso de lesión. Es falso, en primer lugar, que tales potestades dirigidas a un tercero en conflicto con el interesado sean siempre discrecionales, por el hecho elemental de que aquí, como en toda la Administración, las potestades suelen ser siempre mixtas, parte regladas, parte discrecionales. Pero es falso, sobre todo, que haya una total separación entre este tipo de intereses ocasionalmente protegidos y los derechos subjetivos del interesado.

Esta tajante separación, que se niega en relación con los derechos condicionados, se sostiene valiosamente y sin razón alguna frente a los intereses ocasionalmente protegidos. Se trata de un error. Hay una íntima conexión entre los intereses reflejos u ocasionales y los derechos subjetivos del interesado, radicada no en la estructura de aquellos, sino en su función.

Se ha dicho que el interés ocasional o reflejo es un medio para conservar o mejorar la posición competitiva o de parte en un conflicto de cualquier índole, normalmente económica. En tal situación de hecho, el interés equivale a una expectativa en un debilitamiento de la contraparte o, al menos, en un no fortalecimiento de ella. Cuando el interesado pretende que no se fortalezca a la contraparte, instando que no se le concedan nuevos derechos ni se le libere de viejas obligaciones, el acto opuesto equivale a un debilitamiento de aquel, porque altera la situación preexistente en favor del adversario. La situación es diversa cuando el interesado intenta lograr un debilitamiento de la contraparte, pidiendo se le cancelen derechos o se le impongan nuevas obligaciones, porque el acto opuesto mantiene la situación anterior y no alterna la posición defensiva ni agresiva del interesado. Cuando, a la inversa, la debilita, es evidente el daño que con ello se causa ya no sólo al interés en mantener o conservar la posición propia, sino al derecho subjetivo que con el interés se protege, normalmente de contenido económico. Así, la concesión ilegal de una ventaja (como una subvención o exención) al competidor puede desequilibrar la capacidad competitiva del interesado al extremo de producir su ruina, lo mismo que el ingreso ilegal de un competidor en un mercado saturado, como cuando se autoriza un aumento del servicio de autobuses en una línea que no lo

requiere, o la apertura de una "bomba de gasolina" a distancia menor de la legalmente exigible, con drástica concurrencia frente a una clientela insuficiente, etc. En todas estas hipótesis se altera la situación preexistente con violación de la ley, creando o estimulando una competencia desleal en virtud de acto administrativo, con grave lesión y ruina eventual para la empresa del interesado. Es un hecho perfectamente comprobable por números la disminución de ingresos, paralela a la de cliente que en tal hipótesis se produce, con la contracción económica de la empresa perjudicada y el correlativo beneficio de la ilegalmente protegida en su competencia desleal. Se trata de un daño igualmente evaluable e individualizado, en cuanto a causa y medida, que en el caso del inferido a un derecho subjetivo en los casos comunes de responsabilidad.

En síntesis: procede la indemnización de los intereses ocasionales o reflejos cuando su lesión repercute en la empresa o en la posición competitiva del interesado en forma individual evaluable, creando o propiciando una situación de competencia o, en general, de conflicto desleal entre aquel y el destinatario del acto administrativo que ilegalmente le concede derechos o lo exime de obligaciones.

TESIS XVII
EL ACTO ADMINISTRATIVO

1. CONCEPTO

Suele definirse el acto administrativo como una manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanada normalmente de la Administración en uso de una potestad administrativa.

Si se analizan los elementos de este concepto, resultará claro también lo que no es el acto administrativo.

A) Declaración

El acto administrativo es una manifestación de voluntad. Este elemento acostumbra expresarse más brevemente diciendo que es una declaración. La declaración es todo juicio manifestado a través de palabras o signos expresivos, que es capaz por sí y con independencia de cualquiera otra conducta, anterior o posterior, para producir un efecto de derecho. Las dos notas esenciales de la declaración están en su naturaleza simple y aislada de otro evento causal, en relación con el efecto jurídico, y en su naturaleza lógica de medio para la expresión de un significado o contenido de la voluntad.

Una declaración es, entonces, una formulación del contenido de la voluntad, mediante palabras o signos específicamente dirigidos a manifestarla, con capacidad autónoma para producir un efecto jurídico, de conformidad con la norma.

Se contraponen a las declaraciones las llamadas operaciones, que son conductas físicas, técnicas o intelectuales –no formulaciones lógicas contenido de voluntad–, destinadas a producir una modificación en el mundo de los causales –no un efecto jurídico–, y capaces de producir

una consecuencia de derechos únicamente considerados como serie o como grupo. Ejemplo: dar lecciones, construir un camino, prestar un servicio de transporte, etc.

Estas operaciones pueden servir:

a) De medio para preparar un acto administrativo, como la recolección de informes sobre el orden y la tranquilidad en un bar nocturno, para ordenar su clausura, o la inspección de una finca para su avalúo dentro de una expropiación;

b) De medio para ejecutar un acto administrativo, como la demolición de una casa construida sin licencia, por orden de una municipalidad, o la vacunación masiva en caso de epidemia y por orden del departamento correspondiente del Ministerio de Salud;

c) De modo de ejecución o prestación de servicios públicos, como la conducción del tren, impartición de enseñanza, manejo de una central de energía eléctrica, etc.

Los comportamientos no pueden ser, sin embargo, modos de expresión de un acto administrativo, ni de la voluntad que éste contiene. Se niega con ello la posibilidad del acto administrativo tácito, entendido como el que se manifiesta a través de una conducta encaminada a producir un efecto real, que permite inducir la voluntad en la Administración de producir un determinado efecto jurídico.

La acción material de la Administración sólo puede darse en relación con un acto jurídico de ésta, entendido como declaración de voluntad, sea para prepararlo, sea para ejecutarlo. Los actos materiales autónomos, que no presentan esa relación, están prohibidos, salvo que estén autorizados por la ley o por la organización de un servicio encargado de realizarlos. Si no hay ley que prevea un acto material, ni servicio público que lo haga posible, debe haber un acto administrativo que le dé calificación jurídica y le otorgue utilidad, sea como medio de preparación, sea como medio de ejecución de su contenido. Desde este punto de vista, todo acto material autónomo es un acto innecesario e injustificado, carente de vinculación con el interés público. Se trata de una conducta prohibida por la ley de adherencia al fin, que exige al ente público omitir todo acto que distraiga o desoriente su energía del fin que le está normativamente impuesto.

Esto revela que la
sico o intelectual–, sól
necesario o inevitable
cesidad, la autoridad
ber dictado éste, o ha
lidades de ley. La ac
tancias, no precedida
que la Administración
rectamente a través d
acto tácito es una ficc
lución si se admitiera
posible desarrollar un
misma necesidad, co
cedente.

Indispensable es di
el que se induce de
proposición lógica ex
efecto de derecho. Es
voluntad anterior y en
dad, la expresión de
puesto. Para que el a
tad supuesta no sólo
lla, además, pueda c
cuencia necesarios de
es el de la reforma de
necesariamente la an
reformada.

FORSTHOFF procura
guiente caso:

*"Una vez que el Alc
policial de la circun
cedido la autorizaci
na, ordenó a la pro
mediata clausura, p
rida por la ley de P
misma), como la q
puestos de combus
competencia, en tod
nes. El Tribunal res*

Esto revela que la operación o comportamiento material –técnico, físico o intelectual–, sólo puede ser acto administrativo tácito cuando sea necesario o inevitable, por razones de urgencia. En situaciones de necesidad, la autoridad puede proceder a la ejecución de un acto sin haber dictado éste, o habiéndolo dictado sin la observancia de las formalidades de ley. La actividad inaplazable desarrollada en tales circunstancias, no precedida del acto que debió antecederle, permite suponer que la Administración ha adoptado dicho acto y lo ha expresado indirectamente a través de su ejecución. En esta hipótesis, sin embargo, el acto tácito es una ficción innecesaria y podría arribarse a la misma solución si se admitiera que en estado de necesidad administrativa es posible desarrollar una conducta material sin otra base jurídica que esa misma necesidad, con independencia de toda ley o acto jurídico antecedente.

Indispensable es distinguir el acto tácito del implícito. Este último es el que se induce de una declaración, con el significado ya dado, de proposición lógica expresiva de la voluntad dirigida a un determinado efecto de derecho. Es posible que una declaración suponga un acto de voluntad anterior y en forma tan clara y unívoca que envuelva, en realidad, la expresión de dos actos: el formulado y el evidentemente supuesto. Para que el acto implícito se de, resulta esencial que la voluntad supuesta no sólo sea compatible con lo expresado, sino que aquélla, además, pueda considerarse como un antecedente o una consecuencia necesarios de esta última. El típico ejemplo de acto implícito es el de la reforma de un acto propio por la Administración, que supone necesariamente la anulación previa –en el orden lógico–, de la parte reformada.

FORSTHOFF procura un magnífico ejemplo de acto implícito en el siguiente caso:

"Una vez que el Alcalde de una ciudad, en su condición de autoridad policial de la circunscripción (policía de la construcción), había concedido la autorización solicitada para instalar un depósito de gasolina, ordenó a la propietaria, también como autoridad policial, su inmediata clausura, puesto que le faltaba tanto la autorización requerida por la ley de Protección del Comercio al por Menor (cita de la misma), como la que exigía la orden sobre limitación de la red de puestos de combustible (nueva cita de esta ley). El Alcalde tenía competencia, en todo caso, para conceder estas u otras autorizaciones. El Tribunal resolvió que la autorización concedida implicaba

tácitamente la concesión de las otras dos. Si el Alcalde hubiese querido excluir esta interpretación, debió haber hecho uso de la reserva correspondiente" (Ernst FORSTHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, en pág. 303).

El autor citado analiza el ejemplo como si fuera de un acto tácito, pero creemos que se trata de uno implícito, justamente porque lo que aquí permite inducir la voluntad silenciada de conceder las otras dos licencias, es la concesión de la necesaria para instalar el depósito de gasolina a través de una típica declaración de voluntad.

En síntesis: el acto administrativo es una declaración expresa de voluntad; el acto administrativo tácito no existe, salvo casos de urgencia, en que es inevitable; el acto administrativo implícito es posible, pero únicamente a condición de darse en una declaración. La nulidad e ineficacia de la declaración implican, necesariamente, la del acto implícito.

B) Declaración unilateral

No son actos administrativos los actos pluri o bilaterales, en que la Administración produce un efecto de derecho mediante la cooperación con el destinatario de dicho efecto. El contrato no es un acto administrativo, aunque son actos administrativos los llamados "acuerdos" o "consorcios", que consisten en la asociación de varios entes públicos para un fin común, a través de órganos especiales con un estatuto también especial de organización. Se trata de algo similar al contrato de sociedad entre particulares y, en tal sentido, configura también un contrato de derecho público.

La razón del carácter exclusivamente unilateral del acto administrativo es puramente didáctica y consiste en la poca utilidad de englobar en un mismo concepto, objetos tan dispares por su régimen. Si se adopta la doctrina sin embargo, de que el contrato administrativo está sometido a igual régimen que el acto (ZANOBINI, Corso Di Diritto Amministrativo, Tomo I, pág. 237), desaparece todo obstáculo para la unificación y fusión de ambos dentro de este último.

C) Declaraci
derecho

La voluntad del act
acto mismo, como co
ducir. Así, la concesi
voluntad de expresar
sideraciones, sino tan
concedido en cabeza
en el acto jurídico la
sino, además, la de ca
ley no permita que és

Según una autoriza
sario. Para que haya
presar un juicio, cono
ción en el mundo de
meros actos administ
esa especial consister
está determinado por
realización, como hec
monial depende de la
de que dos personas
la voluntad de aquél d
ca. El mismo va ligad
ley y no por la volunt
go, que los meros act
la ley, y que, como la
hechos jurídicos –aur
Desde tal punto de v
como la muerte, la n
cuanto suponen una
los mismos en cuanto
sa de dichas consec
hechos jurídicos hum

Los meros actos a
ciones de juicio, repr
co, sin estar dirigidos

C) Declaración dirigida a producir un efecto de derecho

La voluntad del acto administrativo, se dice, no sólo debe referirse al acto mismo, como conducta, sino también al efecto que habrá de producir. Así, la concesión es un acto jurídico porque no sólo contiene la voluntad de expresar el contenido del acto, con todas sus partes y consideraciones, sino también la de producir efectivamente el derecho concedido en cabeza del concesionario. En general, puede decirse que en el acto jurídico la voluntad no es sólo la de expresarse a sí misma, sino, además, la de causar fuera de sí misma un efecto jurídico, y que la ley no permita que éste se dé mientras dicha voluntad no existe.

Según una autorizada doctrina, este requisito en examen es innecesario. Para que haya acto administrativo basta con la voluntad de expresar un juicio, conocimiento o deseo, sin la de causar una modificación en el mundo del derecho. Los actos de este tipo son llamados meros actos administrativos, y su principal característica está –fuera de esa especial consistencia sicológica–, en que el efecto que causan no está determinado por ellos mismos, sino por la ley que lo conecta a su realización, como hechos jurídicos. Así, la creación del vínculo matrimonial depende de la simple declaración o certificación, por el Notario, de que dos personas de diverso sexo quieren unir sus vidas, sin requerir la voluntad de aquél de que ese vínculo o status matrimonial se produzca. El mismo va ligado a dicha declaración, como hecho jurídico, por la ley y no por la voluntad del agente. Esta explicación revela, sin embargo, que los meros actos administrativos no son causa de su efecto, sino la ley, y que, como la propia doctrina lo admite, juegan como simples hechos jurídicos –aunque de índole humana–, respecto de ese efecto. Desde tal punto de vista, no se distinguen de otros hechos humanos, como la muerte, la mayoría de edad o la comisión de delitos, sino en cuanto suponen una conducta voluntaria y lícita, pero se equiparan a los mismos en cuanto la voluntad que encierran no es la verdadera causa de dichas consecuencias. No se trata, entonces, de actos, sino de hechos jurídicos humanos.

Los meros actos administrativos pueden definirse como manifestaciones de juicio, representación o deseo que producen un efecto jurídico, sin estar dirigidos al mismo.

Las principales formas del mero acto de juicio son: las decisiones que deciden un recurso administrativo, por razones de ley; las calificaciones, que declaran el resultado de un concurso o prueba de capacidad escolástica; las relaciones o informes (reporte), que describen y valoran el funcionamiento de un servicio de una operación administrativa o privada; los dictámenes consultivos, ya antes analizados; los avalúos y peritajes, y que consisten en la manifestación de una opinión técnica sobre un hecho, acto, operación o situación, fundada en reglas científicas exactas.

Los meros actos de conocimiento, por el que se entiende para este efecto, aquél que se ejerce fundamentalmente a través de un acto de constatación o comprobación y no de valoración, son principalmente:

a) Los atestados

Que son declaraciones del conocimiento de hechos simples, como un certificado de nacimiento o de defunción;

b) Los certificados

Que declaran la existencia de cualidades personales susceptibles de matices y de grado (como la buena conducta) o la titularidad de un estatus, capacidad o derecho (como los certificados de nacionalidad, ciudadanía, capacidad electoral), actos todos los cuales deben constar por escrito y corresponder a un asiento de un registro público;

c) Las inscripciones

Que son la anotación o inserción de actos jurídicos, lo mismo que de cualidades e identidades de personas, en un archivo ordenado que se llama Registro Público, cuyo mejor ejemplo son los de la Propiedad, del Estado Civil y de Marcas y sus respectivos asientos;

d) Las comunicaciones

Que son actos destinados a un ente extraño a la Administración, dirigidos a darle el conocimiento de un hecho o acto de aquélla. Se dividen en notificaciones y publicaciones. Las primeras, son comunicaciones dirigidas a un sujeto determinado y tienen por objeto actos individuales o colectivos, que afectan a un número o grupo determinado de personas. Las notificaciones son una condición de la eficacia (producción de efectos) del acto notificado, cuando el mismo requiere de la

colaboración del destin
nes. Cuando tal colabo
simple producción de s
para contar la iniciació
diante recurso) o judici
no empieza a correr mi
última hipótesis, el acto
como las autorizacione
un servicio, surte efect
Los actos normativos,
municados para ser efi
la ley lo advierten; la p
del acto que los creó e
desde el momento que
ley. Dada la ausencia d
tiene principio inmedia
sición de aquél en con
mente notificados en
ante los notificados, p
ción insustituible en ga
en beneficio de los inte

e) Las actas

Que son narración y
relator, generalmente
jurídicos en el sentido
cumentación de las de
do, donde se da fe de
de estas actas es sum
existencia y contenido
les, y naturalmente, su
cos, que según el artíc
públicos, mientras no s
existencia material de lo
realizado el mismo, o h
funciones"; falsedad qu
el delito correspondien

¿Son las actas un re
meramente un medio d

colaboración del destinatario para su normal ejecución, como las órdenes. Cuando tal colaboración es innecesaria y el acto se ejecuta por la simple producción de sus efectos, la notificación sirve, de todos modos, para contar la iniciación del plazo de impugnación administrativa (mediante recurso) o judicial (mediante acción) del acto mismo, plazo que no empieza a correr mientras dicha notificación no se de. Pero en esta última hipótesis, el acto ejecutable sin la cooperación del destinatario, como las autorizaciones, las decisiones de un recurso, las admisiones a un servicio, surte efecto desde su fecha, y no desde su comunicación. Los actos normativos, concretamente los reglamentos, deben ser comunicados para ser eficaces y obligatorios, aunque ni la Constitución ni la ley lo advierten; la publicación consiste en la inserción de su texto y del acto que los creó en el periódico oficial, y la obligatoriedad se inicia desde el momento que el acto mismo señala o, en defecto de éste, la ley. Dada la ausencia de un reglamento, debe entenderse que la misma tiene principio inmediatamente después de su publicación, salvo disposición de aquél en contrario. Los reglamentos no publicados o meramente notificados en forma personal, no son obligatorios ni siquiera ante los notificados, porque la publicación es un medio de comunicación insustituible en garantía de la plena difusión de su texto y no sólo en beneficio de los intereses de cada destinatario del mismo.

e) Las actas

Que son narración y expresión de hechos ocurridos en presencia del relator, generalmente de índole jurídica, como procedimientos y actos jurídicos en el sentido estricto del término. Su forma principal es la documentación de las deliberaciones y actuaciones de un órgano colegiado, donde se da fe de la forma y contenido de las mismas. La función de estas actas es suministrar una prueba auténtica y fehaciente de la existencia y contenido de los procedimientos y deliberaciones colegiales, y naturalmente, su valor probatorio es el de los documentos públicos, que según el artículo 370 del CPC: *"Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado el mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones"*; falsedad que sólo puede argüirse en la vía penal, acusando el delito correspondiente (artículos 357 y 363 del CPE).

¿Son las actas un requisito necesario para la existencia del acto, o meramente un medio de prueba del mismo?

Así, si un acuerdo es adoptado por un colegio y omitido por el secretario en las actas, podrá hacerlo valer el particular favorecido con el mismo no obstante su no documentación? O bien, al contrario, podrá ejecutarlo el gerente de la institución, pese a ello?

La regla general es que la forma es un requisito de existencia y validez del acto administrativo –con el significado que luego se dará a estos términos–, y no sólo una prueba de su existencia y contenido, en términos tales, que su omisión produce la nulidad o anulabilidad de aquél. Pero, para economizar las energías administrativas, este principio se ha suavizado hasta autorizar la tesis de que el acuerdo es válido mientras conste en alguna forma y –aunque sea implícita en los otros acuerdos–, en el libro de actas respectivo.

f) Las declaraciones constitutivas

Un acto declarativo es el que confiere autenticidad a una situación jurídica existente, sin crear ninguna nueva. La sustancia sicológica del mismo, está en un juicio que afirma como existente un hecho jurídico (en el sentido general de causa) y el efecto (situación jurídica subjetiva) consecuente, como si fueran anteriores a esa misma afirmación. Las declaraciones, que son meros actos administrativos, se caracterizan, sin embargo, porque producen efectos jurídicos nuevos, y por eso se llaman constitutivas. Dichas declaraciones afirman la existencia de una serie de hechos o cualidades jurídicas (objetivas o subjetivas); pero, a diferencia de las usuales, crean un efecto conectado por la ley a esa declaración, efecto que no era preexistente, porque nace efectivamente de esta última. El caso más típico es el ya citado del matrimonio civil (no el eclesiástico), al que pueden agregarse las inscripciones que producen el resultado de publicar ante terceros el estado jurídico de los bienes o de las personas, y que, incluso, causan el derecho mismo inscrito, como ocurre con la inscripción de las sociedades mercantiles o de las marcas de fábrica, que no existen mientras no sean registradas.

Los más importantes de los meros actos administrativos son los que sirven para el desarrollo del procedimiento administrativo, como las relaciones, las actas, los dictámenes, avalúos, calificaciones, propuestas, etc., y tienen por función hacer posible que se realice un acto administrativo en el sentido estricto, mediante la comprobación del motivo del mismo en todos sus aspectos. Los actos de procedimiento, como se vio, no son impugnables por sí mismos, dada su incapacidad para producir efectos y agravios en forma autónoma.

Los meros actos que no son parte de un procedimiento administrativo, tienen por función, o bien dar autenticidad y prueba plena de un evento jurídico (propio de la vida del particular o de la Administración), o bien producir independientemente efectos de derecho, como las indicadas declaraciones constitutivas. Pueden, en esa hipótesis, impugnarse directamente cuando la declaración que contiene es errónea, lo mismo que ser administrativamente corregidos cuando los errores son leves y hay medios también auténticos para comprobarlos. Las formas más importantes de impugnación de meros actos en CR, son los ocursos, para anular y corregir actas y asientos de los Registros Públicos (estado civil, de la propiedad, de marcas).

Se trata de actos reglados, en razón de su misma naturaleza declarativa.

g) Declaración emanada normalmente de la Administración (Poder Ejecutivo) y entes administrativos menores

Quedan excluidos del concepto de acto administrativo, los actos emanados de los otros poderes, salvo si lo han sido en ejercicio de una potestad administrativa. Estos pueden, como se vio, dictar verdaderos actos administrativos, como los actos internos de organización, de preparación o de trámite, y todos los de Administración del patrimonio y del personal, para mantener la eficiencia en el funcionamiento del Poder como empresa. Los actos de trámite de los Poderes Judicial y Legislativo son administrativos, exclusivamente cuando se dirigen a preparar un acto dictado, en uso de una potestad administrativa, no cuando se insertan dentro de los respectivos procedimientos legislativo o procesal, para formar leyes o sentencias y en su caso, actos de jurisdicción voluntaria –porque entonces su naturaleza es también la de éstas–, en razón de su régimen jurídico (fuerza creadora, resistencia jurídica, régimen de impugnación).

No son actos administrativos los emanados de simples particulares, sin título ninguno para el ejercicio de la función. Ni son tampoco actos administrativos los de ejercicio privado de funciones públicas, dictados por el particular en uso de una delegación administrativa o legislativa, que retiene para el Estado la titularidad de la potestad administrativa correspondiente.

No es administrativo el acto de un particular que usurpa funciones, sin investidura alguna. Aun si las ejerce pública, pacíficamente y con apariencia de poseer título suficiente. El artículo 365.1 del CPE, expresamente sanciona:

Artículo 365.-

"1) Al que sin título o nombramiento expedido por Autoridad competente, o sin haber prestado el juramento de ley, asumiere o ejerciere funciones públicas."

Esta norma engloba el caso de usurpación que tratamos, con otros de diversas naturaleza, que configuran al funcionario de hecho, como veremos de inmediato. La regla inflexible que sentamos sobre la inexistencia de los actos del usurpador sin título, sólo puede tener excepciones a título expreso de la ley, antes o después de ocurrido el hecho, que ratifique lo actuado por el usurpador.

Es posible, sin embargo, que un particular queda regularmente investido, en virtud de un estado de necesidad administrativa, por motivos de urgencia y necesidad extremas, sin acto alguno de la autoridad competente y sin la observancia de ninguno de los procedimientos y requisitos legales. En tal hipótesis, los actos de dicho funcionario "necesitado" serán administrativos e imputables al Estado, siempre que por control legislativo se compruebe la existencia del estado de necesidad justificante. La distinción entre este control y aquella ratificación, para los casos de total carencia de investidura, resulta casi imposible; la doctrina dominante sostiene, por ello, la inadmisibilidad de la urgencia como la causa de la investidura.

Cuando el funcionario ha sido mal asignado, por defecto en el acto de investidura, la nulidad de éste acarrearía lógicamente la de todos sus actos, que retroactivamente deberían reputarse como emanados de un simple particular. Para evitar las consecuencias graves que podría desatar una situación, ha nacido la doctrina de los funcionarios de hecho. La misma debe distinguirse cuidadosamente de la doctrina de los gobiernos de facto y de las del estado de necesidad administrativa.

Un gobierno de facto se consolida cuando logra no sólo derribar al anterior, sino, además, gobernar pública y pacíficamente sobre todo el territorio nacional. Para que haya funcionario de facto (no de hecho), es preciso primero que haya desaparecido el gobierno anterior, por obra del actual. Ello ocurre únicamente cuando un hecho de fuerza

suspende la vigencia de la Constitución, en lo tocante a la organización de los Poderes o a los derechos humanos, y lo hacen en la misma forma coactiva y suprema con que el Gobierno regular aplicaba la Constitución. Es preciso, además, que el hecho de fuerzas y las personas que lo apoyan logren mantener el orden y la seguridad, pese a la violación de la Constitución, e impongan su voluntad substitutiva. No hay gobierno de facto cuando el funcionario indebidamente investido no forma parte de los Supremos Poderes y desempeña funciones administrativas no políticas, por estar, especializadas y no ser, por sí mismas, una condición para el funcionamiento de todo el aparato estatal.

Tampoco es preciso, para que haya gobernante de hecho, el que haya una situación de urgencia o necesidad, que obligue a recurrir a sus servicios por inopia de funcionarios regulares.

El funcionario de hecho se da cuando un agente público ha sido mal investido de su cargo no político, cuyos fines son especializados y afectan una parte aislable de las funciones del Estado. La doctrina opera, además, si el funcionario debidamente nombrado ejerce sus funciones cuando ya ha expirado su mandato o no se ha iniciado todavía. En estas hipótesis, la doctrina usual sostiene la tesis de que los actos del funcionario son administrativos e imputados al Estado, desde el punto de vista del autor de lo mismo, aun después de constatada la irregularidad o la ineficacia de la investidura. El requisito de la buena fe de terceros, que se hacia consistir en la creencia generalizada de la regularidad de aquélla, ha sido desplazado por el de la regularidad en la actividad del funcionario, que debe ser en conjunto válido y ajustada a Derecho, para ser referible en bloque al Estado.

Cabe preguntar, al tenor de tal norma, ¿cuál será la suerte de los actos realizados por funcionarios nombrados sin los requisitos legales? La tesis correcta –que debe ser restrictiva en aras de la seguridad jurídica–, es que la doctrina de los funcionarios de hecho no es aplicable en este caso, pero que el mismo se refiere únicamente a los nombramientos hechos cuando faltan cualidades subjetivas de los funcionarios, que son sus requisitos debidos.

h) Declaración dictada en uso de una potestad administrativa

Según este requisito, que es el fundamental en la delimitación del concepto que nos ocupa, el acto administrativo debe ser el ejercicio de

una potestad administrativa. Establecido ya el concepto de potestad como la posibilidad de realizar actos jurídicos, es necesario reiterar ahora el de lo administrativo, como régimen jurídico formal de una de las funciones del Estado. La función administrativa es la que está subordinada a la ley y a los principios generales del Derecho y no sólo a la Constitución. En razón de lo cual debe ser conforme a todas las normas dichas de superior rango; y está subordinada a la Constitución, cuando menos, en segundo grado, y no como la ley en primero. Puede ser modificada por la ley cuando crea una situación subjetiva, si la ley es de aplicación inmediata (leyes llamadas de orden público).

Normalmente, lo administrativo es de inferior rango que lo jurisdiccional que puede integrar el contenido de la ley imprecisa, o la ausencia de ley y cumplir respecto de lo administrativo igual función reguladora que la ley misma. Dada la imprecisión típica de la discrecionalidad, la jurisdicción sobre los actos administrativos pueden conducir a su enmarcación dentro de principios generales de Derecho, de origen jurisdiccional, que indican las reglas mínimas de lógica, de justicia, así como de respeto al fin normal de las leyes, que contienen la libertad de la Administración (igualdad en el trato de los administrados, imparcialidad en el ejercicio de la función, respeto de los procederes administrativos, lógica en los razonamientos, proporcionalidad entre las decisiones y los fines perseguidos, economía en el sacrificio de los derechos individuales, respeto a la verdad de los hechos que motivan la acción administrativa y, sobre todo, adherencia al fin público de las leyes que se aplican, etc.

La ley y la sentencia pueden modificar al acto administrativo, y éste no puede modificarlas.

En síntesis: una potestad es administrativa cuando está subordinada a la Constitución y a la ley y a los principios generales del Derecho creados por la jurisprudencia y cuando es impugnable por incurrir en su violación. Normalmente, una potestad es administrativa cuando pertenece al Poder Ejecutivo o a los entes públicos menores equiparados en cuanto a su función, por obra de la ley o de la Constitución, salvo norma expresa o inequívoca de éstas en contrario que le otorgue rango formal mayor como fuente del Derecho (rango de ley o de sentencia). Es el caso de los actos de gobierno, que ya vimos son verdaderas leyes del Poder Ejecutivo.

No son potestades a
tán subordinadas a la C
todos los otros actos d
dos con base en ningu
ponden normalmente
jerarquía formal como
mente determinada pc
por el procedimiento d

No son tampoco pot
que están subordinada
además, a los principi
dencia. Estos actos, l
determinar y modifica
Normalmente emanan
nada –como en el cas
de formación.

En ninguna de las
cuenta elementos mat
potestad, como el fin, l
del autor, para dar su d
efecto general, pero pu
cularizada de una am
puede ser también ge
acción de inconstituci
individual, pero puede s

Según este requisito
de potestades no admi

i) Los actos de gobie
del Poder Ejecutivo, en
sistema;

ii) Los actos privado
potestad contractual q
fuente de Derecho en s
tivos –salvo el requisit
piamente dichos;

No son potestades administrativas, sino legislativas, las que sólo están subordinadas a la Constitución; y que, por eso, pueden, imponerse a todos los otros actos del Estado, sin poder ser modificados ni impugnados con base en ninguno de ellos. Estos actos son las leyes y corresponden normalmente a la Asamblea Legislativa. La ley es tal por su jerarquía formal como fuente del orden, y esta jerarquía está normalmente determinada por el origen del acto –la Asamblea Legislativa– y por el procedimiento de su formación, procedimiento legislativo.

No son tampoco potestades administrativas, sino jurisdiccionales, las que están subordinadas únicamente a la Constitución y a la ley, y no, además, a los principios generales de Derecho creados por la jurisprudencia. Estos actos, llamados sentencias o autos procesales, pueden determinar y modificar la Administración, que no puede modificarlos. Normalmente emanan del Poder Judicial, y su jerarquía está determinada –como en el caso de las leyes– por su origen y su procedimiento de formación.

En ninguna de las tres funciones analizadas es preciso tomar en cuenta elementos materiales del acto en que se expresa la respectiva potestad, como el fin, la generalidad del efecto o los móviles sicológicos del autor, para dar su definición. Normalmente el acto legislativo es de efecto general, pero puede tenerlo individual también (concesión particularizada de una amnistía); el acto jurisdiccional es individual, pero puede ser también general (anulación de una ley en decisión de una acción de inconstitucionalidad); y el acto administrativo es también individual, pero puede ser general (reglamento).

Según este requisito, no son actos administrativos, porque emanan de potestades no administrativas:

i) Los actos de gobierno, porque emanan de una potestad legislativa, del Poder Ejecutivo, en razón del rango formal de aquélla dentro del sistema;

ii) Los actos privados de la Administración, porque emanan de una potestad contractual que no es imperativa y carece de rango como fuente de Derecho en sentido autoritario. Pueden ser actos administrativos –salvo el requisito de unilateralidad faltante–, los contratos propiamente dichos;

iii) Los actos jurisdiccionales de la Administración, no en cuanto materialmente se pueden reputar sentencias, en razón de referirse a una contienda jurídica de la Administración con el particular, como en el caso de los recursos administrativos, sino en razón de tener la fuerza y jerarquía formal de la sentencia. En CR no hay actos jurisdiccionales de la Administración en este último estricto sentido, aunque haya decisiones que resuelven conflictos jurídicos de la Administración, tocadas incluso del sello de la imparcialidad (como las del Tribunal Fiscal Administrativo, del Tribunal de Servicio Civil, etc.). La única forma posible de jurisdicción en la Administración es la que se da con el llamado contencioso administrativo formal, en el que los tribunales que fallan las causas de esa índole (para la anulación de los actos administrativos legales), son parte del Poder Ejecutivo, aunque separados de los funcionarios y órganos de la Administración activa. Tal forma de jurisdicción, inserta en el engranaje de la Administración, está constitucionalmente prohibida en CR por el artículo 153 de la CP, que reserva exclusivamente al Poder Judicial el conocer y resolver, definitivamente sobre toda clase de causas o litigios, con fuerza de cosa juzgada. Puede afirmarse, por ello, que las decisiones de los tribunales administrativos (como los arriba citados), son actos administrativos por su jerarquía y fuerza formal, conferidas por la CP y por la ley, aunque sean sentencias en el sentido material, por razón de su motivo, su fin o su efecto. Conocimiento de este último –sobre la esencia material de la función–, totalmente inútil y banal desde un ángulo estrictamente jurídico.

En cuanto son medio de ejercicio de una potestad administrativa, son actos administrativos y no leyes ni sentencias. Los reglamentos y las decisiones de los recursos administrativos. Ello queda ampliamente justificado con todo lo ya dicho, sobre la esencia formal –y no material–, de las funciones públicas.

Desde un punto de vista material, la decisión de un recurso es o puede ser un acto jurisdiccional. Ello depende del criterio distintivo que se adopte al respecto.

Para DUGUIT, la esencia del acto jurisdiccional es la solución de una cuestión de Derecho que da lugar a una decisión enteramente de acuerdo con la misma. Cuestión de Derecho, para este efecto, no es litigio entre dos o más, sino contradicción entre una conducta y una norma, traída a conocimiento del Juez por él mismo o por un tercero interesado, que se llama demandante. Una vez que el Juez constata la

conformidad o disconformidad de la conducta con la norma, declara esa constatación y decide de modo de mantener la conformidad. La esencia de la jurisdicción, según DUGUIT, radica en la existencia de una cuestión previa de Derecho, en la constatación y solución de la misma y en la decisión para que esa solución (juicio) se lleve a cabo.

Desde el punto de vista de DUGUIT, no hay duda de que la decisión de un recurso administrativo es una sentencia, materialmente analizada.

Para otra doctrina, la esencia material de la jurisdicción está en su objeto y forma de desarrollo. Para que haya jurisdicción es preciso que el acto se refiera a una relación jurídica de la que no es parte su autor, y haya sido preparado con la colaboración de las partes en la misma, principalmente en interés de éstas. La imparcialidad y la existencia del proceso –entendido como la preparación de un acto con la colaboración del destinatario del mismo– son las notas esenciales de la jurisdicción. Desde este punto de vista, las decisiones de un recurso no serían actos jurisdiccionales sino administrativos, salvo si emanan de un órgano especializado en decidir recursos y separado de la administración activa.

Oportunamente manifestamos y se desprende de lo ya dicho, que el acto jurisdiccional no es ni una ni otra cosa, porque su esencia está en su fuerza y jerarquía jurídica como fuente de Derecho, y es independiente de toda consideración de motivo, fin, efecto, posición del órgano frente al destinatario, etc. Sin embargo, creemos que, desde un punto de vista material, la última tesis es la cierta, porque nota constante de toda jurisdicción tiene que ser la imparcialidad en el sentido apuntado, así como nota normal, su preparación a través de un trámite con colaboración de las partes sometidas a juicio. En razón de ello, podemos afirmar que las decisiones de un recurso administrativo no son acto jurisdiccional en el sentido formal, ni en el sentido material apuntado. No en el sentido formal, porque tienen el mismo valor jurídico que los demás actos administrativos comunes, y no el propio de las sentencias del Poder Judicial; y no en el sentido material, porque normalmente las decisiones emanan de un órgano activo de la Administración, como el superior jerárquico o el Tribunal del Servicio Civil, que a la par y simultáneamente ejercen funciones comunes de Administración. La fusión en un solo órgano de la calidad de administrador y de juez, impide que esta última pueda mantenerse.

Las decisiones son, entonces, actos administrativos comunes, sometidos al régimen de estos últimos, salvo disposición de ley en contrario.

Son actos administrativos –y no leyes–, los reglamentos. Su efecto es general, pero su régimen formal es el mismo que el de los actos administrativos comunes. Están subordinados a la ley y a los principios sentados por la jurisprudencia para llenar las lagunas o imprecisiones de ésta; son impugnables y desaplicables siempre que los violen y carecen de fuerza para modificarlos.

La particularidad de dicho régimen consiste en que no pueden ser derogados singularmente por otros actos administrativos individuales –como si lo puede ser el acto administrativo común–, y que pueden imponerse a estos últimos como actos de rango superior. Obviamente, se trata de diferencias que afectan al régimen jurídico formal del reglamento, y que están motivadas en su carácter general. El reglamento, se dice, es una norma, no un acto. Ello admitido, cabe hacer la observación decisiva de que es una norma que deriva del Poder Ejecutivo y que, por eso, está sometida al régimen de los actos de éste, en relación con los que emanan de otros Poderes del Estado. Más claro, si la generalidad mayor o menor del efecto (punto de vista estrictamente material), sirve para establecer una subdivisión de índole formal entre los actos del Poder Ejecutivo, ello no impide que éstos mantengan su unidad de régimen, cuando se analizan en relación con los de los otros Poderes. Si todos los actos del Poder Ejecutivo guardan una distancia igual de la Constitución y distinta de la que tienen las de los otros Poderes, aunque estén jerarquizados entre sí, debe definirse su régimen por ese grado comparativo de subordinación y no por la jerarquía interna que tengan dentro de aquél. Esto, porque ha de suponerse, y ello está confirmado por la Constitución misma, que cuando un acto se atribuye a un Poder es para que tenga la naturaleza y jerarquía propias de la función que éste pertenece, salvo que la Constitución disponga lo contrario. Entre el ángulo comparativo y el ángulo interno de distinción, la Constitución –no la mera doctrina–, da preferencia al primero. La Constitución ha querido, efectivamente, que sean tratados jurídicamente igual todos los actos de un mismo Poder, precisamente porque ha querido distinguirlos de los otros, en razón del Poder de que emanan. Desde este ángulo, el reglamento no es la norma superior al acto administrativo individual, ni éste el acto inferior a dicha norma, sino ambos, los actos del Poder Ejecutivo, inferiores por igual frente a los del Poder Legislativo y Judicial.

El reglamento, en conclusión es acto administrativo y no ley, porque su jerarquía formal es la de aquél y no la de éste, en razón de emanar del Poder Ejecutivo.

El acto administrativo puede no ser concebido como un acto de voluntad, sino simplemente como un acto voluntario. Un acto es de voluntad cuando su contenido está integrado por la intención de producir el efecto jurídico, como ocurre en los actos jurídicos; y es voluntario, cuando contiene únicamente la intención de realizar el acto o conducta que causa el efecto, pero no la de producir este último. Es esta distinción la que la doctrina italiana indica con el doble giro "voluntad de la declaración", "voluntad del contenido" (de la declaración). Se explicó ya que en los meros actos jurídicos hay la voluntad de declarar la voluntad de portarla fuera de la conciencia del sujeto y, generalmente, de comunicarla a otro, pero sin el propósito de producir el efecto de derecho, que nace por obra de la ley; mientras que en los actos jurídicos hay no sólo la voluntad de hacer una manifestación, sino, además, la intención de causar con ella un determinado efecto jurídico. Los únicos que son verdaderos actos jurídicos son estos últimos, y no los primeros, que representan simples eventos a los que el Derecho conecta un efecto con independencia de la voluntad misma. Esta es la concepción ortodoxa de los actos jurídicos, incluso administrativos.

El acto administrativo, sin embargo, puede ser enfocado en diversa manera. Fundamentalmente deben tomarse en cuenta para su definición, dos elementos fundamentales:

- Que es un acto unilateral y obligatorio;
- Que es un acto sometido a la legalidad administrativa (principio de regulación mínima, de tipicidad, de articulación).

Esto significa que la voluntad en el acto administrativo es diferente de la del contrato. En éste se halla permitido todo lo que no está prohibido, lo que supone que el sujeto puede determinar con su voluntad casi todos los elementos y aspectos de los negocios jurídicos que concluya.

Dado el carácter autoritario del acto administrativo y su fin público, es preciso que la energía del autor esté limitada y dirigida por la ley, para asegurar la realización de este fin con el mínimo de lesión para los derechos del particular. En el acto administrativo la voluntad existe,

pero su contenido está determinado, o tiende a estarlo, más por la ley que por sí misma. En virtud del principio de regulación mínima, están regulados el sujeto y el fin del acto; y en virtud del principio de tipicidad, está adecuado el motivo o antecedente de hecho al contenido, de modo que a un determinado motivo corresponde, generalmente, un acto de un contenido determinado.

Hay además, una conexión entre motivo y fin del acto. La presencia de un motivo determinado no sólo exige un acto de contenido correspondiente, sino, además, un fin también correspondiente, mientras el motivo no se dé, es imposible la realización del fin, porque éste no es otra cosa que el resultado objetivo que satisface la necesidad creada por el motivo. Así, es imposible conservar el orden público (fin), con la dispersión de una manifestación pública (contenido) si no hay desorden (motivo) actual o inminente que lo haga necesario; es imposible fomentar la industria (fin) mediante una exención fiscal a una empresa (contenido), si la del petente es vieja y no reúne las características de ley para obtener el beneficio. En esta conexión entre motivo, contenido y fin, radica la llamada tipicidad del acto administrativo, que consiste en el hecho de que esos aspectos del mismo, están regulados y relacionados, en términos tales que a uno de ellos corresponde un tipo determinado de los otros dos, y no otro cualquiera elegido por el agente administrativo. Estos elementos son los decisivos del acto administrativo, si se admite que el mismo es, ante todo, un instrumento al servicio de un fin público. El motivo crea la necesidad cuya satisfacción en el mundo social es el fin del acto, y el contenido es el medio para lograr esa satisfacción. Se trata además de elementos objetivos del acto, que o bien son hechos, o situaciones de hecho en la realidad externa que rodea al agente, o bien aspectos de la conducta externa de éste, como el contenido. El fin, para este efecto, no es el móvil sicológico interno del agente, sino el resultado social que el acto debe producir, y que consiste en la eliminación del motivo, como hecho o situación de hecho.

Es preciso parar mientes en estas tres notas de estos tres elementos del acto, motivo, contenido y fin:

i) Son los propiamente decisores para la función del acto;

ii) Son objetivos y corresponden a realidades externas a la conciencia y voluntad del agente;

iii) Son típicos, regl
de que sean discrecion

La discrecionalidad
el contenido del acto.
posibilidades:

- motivo y conteni
- motivo reglado y
- motivo discrecio
- motivo y conteni

Según se desprende
posibilidad hay liberta
aspectos y en los otro
completa libertad, pers

i. Las reglas de la lóg
Derecho jurisprudencia
sión del agente, aunque

ii. La subordinación
si aquellos son discre
agente queda obligado
forma congruente y ade

Cuando cualquiera
expresiones indetermi
cencia pública, inmora
nexión entre los tres el
conserva casi íntegra: s
fin; y eventualmente, ta
nado, porque el concep
sión que permite consi
que dice "*todo acto de*
las funciones que traiga
beneficio inmediato par
sa" (para los miembro
mente cuáles serán di

iii) Son típicos, reglados y coordinados entre sí, aun en la hipótesis de que sean discrecionales.

La discrecionalidad se refleja, fundamentalmente, sobre el motivo y el contenido del acto. Es posible al respecto que se den las siguientes posibilidades:

- motivo y contenido reglados;
- motivo reglado y contenido discrecional;
- motivo discrecional y contenido reglado;
- motivo y contenido discrecionales.

Según se desprende del examen del elenco, únicamente en la última posibilidad hay libertad de la Administración para determinar ambos aspectos y en los otros sólo uno de éstos puede serlo. Cuando hay completa libertad, persisten dos límites fundamentales:

i. Las reglas de la lógica y de la justicia, y los principios generales del Derecho jurisprudencial, que recortan el campo de apreciación y decisión del agente, aunque estén expresamente formulados;

ii. La subordinación de los elementos motivo y contenido al fin, aun si aquellos son discrecionales, en cuanto que una vez precisados el agente queda obligado a actuar para un fin legalmente tipificado, en forma congruente y adecuada con éste.

Cuando cualquiera de dichos elementos está reglado, aunque son expresiones indeterminadas (urgencia, desorden, escándalo, beneficencia pública, inmoralidad, industria nueva, tierra inculta, etc.) la conexión entre los tres elementos dichos, se hace más patente porque se conserva casi íntegra: subsiste siempre entre el elemento reglado y el fin; y eventualmente, también entre el elemento reglado y el indeterminado, porque el concepto indeterminado encierra un mínimo de precisión que permite considerarlo también como típico. Si hay una norma que dice "*todo acto de valor, abnegación y eficiencia en el desempeño de las funciones que traiga consigo el descubrimiento de hechos punibles o de beneficio inmediato para la seguridad del Estado... dará lugar a recompensa*" (para los miembros de la Policía Nacional), la ley no dice exactamente cuáles serán dichos actos, pero obviamente indica que ha de

tratarse de conductas loables de excepción y que, además, la recompensa sólo podrá darse en razón de ellas. Basta, entonces, el empleo de un concepto indeterminado por la ley (abnegación, sacrificio, eficiencia), para que se mantenga la tipicidad del acto administrativo, sin que desaparezca la discrecionalidad.

Ello supuesto, y considerando el carácter decisivo y objetivo de estos elementos típicos del acto administrativo, pueden bien afirmarse que, en éste, la voluntad no es la fuente del acto, sino meramente la energía sicológica capaz para producir la manifestación conducta en que se expresa. En otras palabras: al Derecho Administrativo le importa que esta conducta se realice externamente de conformidad con la ley, aunque aquella voluntad, no se dé o se dé defectuosa. En efecto, aun cuando se dé perfecta, su papel es el de un mero instrumento para que se aplique al caso concreto la ley que necesariamente determina los más de sus elementos importantes. Esta voluntad no determina los elementos del acto, sino que es la condición u ocasión de que se vale el Derecho para determinarlos por sí mismo. Una vez realizado el acto por el agente administrativo, en absoluta conformidad externa con la ley, carece de importancia la situación sicológica del agente al momento de realizarlo. Importa únicamente saber que el acto emana de dicho agente, porque es éste el único investido de la competencia al efecto.

Fuera de este requisito subjetivo –identidad del autor con el funcionario–, el Derecho Administrativo no exige normalmente ninguno otro del acto que regula.

El acto administrativo es un hecho jurídico siempre, no un acto jurídico en el sentido tradicional del término. No hay, en otras palabras, acto jurídico administrativo, sino únicamente hechos jurídicos humanos de la Administración. No hay, desde ese punto de vista, diferencia entre acto administrativo y mero acto administrativo, y carece de importancia la sustancia sicológica de la conducta administrativa, que puede bien ser lo mismo un juicio o una voluntad.

El acto administrativo puede definirse, entonces, como la conducta externa de un agente público, inmutable a la Administración y regulada por el Derecho Público. Más breve: la conducta de la Administración regulada por el Derecho Público.

Esta concepción del acto administrativo tiene una importancia fundamental: desaparecen del mismo todos los elementos subjetivos, atinentes a la voluntad del funcionario; y desaparecen del cuadro de sus vicios, todos los relativos a ésta y al fin del acto, concebido como móvil del mismo. Error, dolo, locura, minoridad, desviación del fin subjetivo del poder (en las condiciones que se apuntarán) son eventos irrelevantes para la validez del acto administrativo. La voluntad y sus móviles cobran importancia exclusivamente dentro del ámbito de la discrecionalidad.

Según la concepción dominante –arriba expuesta–, el acto administrativo es un acto de voluntad. Según el enfoque último, es un hecho jurídico, consistente en una conducta externa y jurídicamente relevante de la Administración.

En la exposición que sigue de los elementos y de los vicios del acto administrativo, se podrá aprehender el carácter fundamental de esta divergencia.

2. PERFECCIÓN, VALIDEZ, EFICACIA, LICITUD, NULIDAD, INEFICACIA

Llámanse elementos del acto administrativo, los objetos que componen su existencia como acto de voluntad o como conducta externa de la Administración, de conformidad con la ley. Desde el punto de vista de ésta, todo obrar administrativo –y para continuar el modo clásico de exposición del tema–, todo acto de voluntad de la Administración, debe obedecer a un esquema típico que exige la presencia ordenada y relacionada de varios objetos –internos o externos al funcionario–, necesarios para que aquella conducta se pueda estimar como plenamente exteriorizada. Si es un contrato, se exige que el mismo tenga la apariencia de un acuerdo entre dos o más, que verse sobre un objeto determinado, que haya una manifestación clara e inteligible de voluntad, aunque ese objeto sea imposible, el sujeto sea un menor incapaz o el acuerdo esté viciado por error. En esta hipótesis, de un contrato que presenta la apariencia razonable de todos los elementos que la ley exige para su formación, se habla de un contrato perfecto, aunque el mismo no sea legal. Acto perfecto es el que reúne todos los requisitos y condiciones legalmente exigidos para su plena manifestación, aunque sea en disconformidad con el orden jurídico.

Cuando el acto no sólo reúne el número y la apariencia de los componentes legalmente exigidos, sino que, además, se acomoda al esquema legal previsto para la realización de los mismos, de modo que el acto cumple la ley en todos sus aspectos, dicho acto es válido, y no sólo perfecto. La validez de un acto es la conformidad de todos elementos con la ley. Todo acto válido es perfecto, pero no todo acto perfecto es válido. La prohibición policial de circular sin placas sobre una vía pública, emanada de un guardia civil y no de un inspector de tránsito, es un acto administrativo que reúne todos los elementos necesarios para su existencia y apariencia de regularidad: sujeto (el guardia), competencia (la de policía), objeto (la circulación), motivo (circulación sin placas), contenido (prohibición de circular), y fin (conservación de la identidad de los vehículos en el tránsito). Se trata de un acto perfecto, pero, a la vez, de un acto inválido, por falta de competencia específica para ejercer la policía del tránsito en quien sólo está destinado a guardar el orden y la tranquilidad públicas en general. En esta hipótesis, hay una competencia genérica (la de policía para velar por el cumplimiento de la ley en beneficio de la seguridad de las personas), que, sin embargo, no es la competencia precisa y exactamente exigida por la ley en el caso, que es la especial para velar por esa seguridad en materia de circulación. La falta de exacto y capilar ajustamiento entre la ley y la competencia efectiva, determina la invalidez de la orden que prohíbe la circulación, por otra parte perfecta, como tal.

El acto administrativo presenta la nota de la eficacia, además de las de perfección y validez. Eficaz es únicamente el acto perfecto, pero no necesariamente el que es válido. Un acto puede ser inválido y eficaz, o ineficaz y válido. La eficacia de un acto es capacidad actual para producir efectos jurídicos, aunque de hecho y por razones contingentes los mismos no sean materialmente ejecutables. Lo normal es que un acto válido sea eficaz y la única posibilidad de que lo sea definitivamente desde un principio –cuando lo es–, radica en su validez inicial; es posible, ello no obstante, que un acto válido subordine el nacimiento de su efecto a hechos exteriores e independientes, de acaecimiento futuro; o que la ley exija eventualidades de ese mismo tipo, antes de que el acto produzca su efecto normal. En tal caso, el acto válido no es todavía eficaz, mientras el hecho futuro no se realice; y puede no llegar a serlo nunca, si ese hecho no se realiza. Es posible, a la inversa, que un acto inválido (pero perfecto) devenga eficaz mientras no sea anulado, mediante invocación del vicio que lo invalida. Es importante advertir, sin embargo, que la eficacia acompañada de invalidez es normalmente

transitoria y está supeditada a la posible anulación del acto, mientras no desaparezca el poder jurídico concreto de obtener esa anulación. En rigor, el orden jurídico debería impedir la eficacia de actos inválidos, tanto como la ineficacia de actos válidos pero el fin práctico que persigue conduce a permitirla, dentro de las circunstancias que el orden mismo regula.

Desde otro ángulo, la doctrina distingue la licitud y la ilicitud de un acto. Un acto es ilícito cuando lesiona ilegítimamente un derecho de otro sujeto, distinto del autor del acto; es lícito cuando lo lesiona en forma legítima, es decir, conforme a Derecho. El comportamiento lesivo autorizado, es lícito, el prohibido es ilícito. Todo acto ilícito es inválido, y todo acto lícito es válido. El acto que lesiona un derecho o un interés en disconformidad con el orden, es por ese mero hecho, inválido e ilícito.

Estas precisiones conceptuales son necesarias para abordar el tema de los elementos del acto administrativo. La regularidad de los mismos, es necesaria para la validez y para la licitud del acto, y no lo es para su eficacia. Un acto puede ser eficaz, por lo ya dicho, aunque no sea válido ni lícito, por falta o defecto de algunos de los elementos necesarios para lograr una, algunas o ambas cualidades jurídicas.

El tema de los elementos del acto administrativo es el que se refiere al modo en que el orden jurídico determina la formación y manifestación. Dichos elementos son, entonces, las cualidades jurídicas que debe reunir una conducta de la Administración destinada a producir un efecto de Derecho, para producirlo efectivamente y lograr su finalidad. Cuando falta alguna, esa finalidad se frustra y el orden sanciona la falta con la imposibilidad del efecto jurídico deseado; el efecto no se produce. La ineficacia derivada de la imperfección o de la invalidez del acto, y no de la ausencia de los hechos futuros e independientes de éste, que son necesarios para que se produzca el efecto se llama nulidad. La nulidad es la ineficacia de un acto jurídico, porque es inválido o disconforme en sí mismo del esquema legal que lo regula. La ineficacia, en sentido estricto, es la imposibilidad de producir efecto por la no realización de los hechos extraños y futuros frente al mismo, intrínsecos, respecto de su experiencia, que son necesarios para lograr, así, dicho efecto. Es nulo el acto realizado por un órgano incompetente, en cuanto puede no producir efecto por falta de competencia, elemento intrínseco que debe existir en el órgano cuando el acto se realiza. Es

ineficaz ese mismo acto si, habiendo sido realizado por un órgano competente, no ha sido todavía aprobado por la Contraloría General de la República, caso de producir una erogación contra el Estado. La nulidad, como se verá, puede ser absoluta o relativa, según la importancia del elemento faltante o defectuoso como medio para el fin público perseguido.