

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS REACCIONALES Y LA SUBJETIVIZACIÓN DE LOS RECURSOS LLAMADOS OBJETIVOS\*

Eduardo García de Enterría\*\*

I

Este final del siglo XX nos plantea de nuevo en todo el mundo occidental un tema que hace treinta años creíamos de buena fe tener resuelto: el de una justicia administrativa eficiente.

Durante la primera mitad del siglo la doctrina y la jurisprudencia fueron reduciendo uno a uno los obstáculos que para la efectividad de ese sistema de justicia administrativa del siglo XIX no había acabado de vencer. La justicia administrativa se había montado con dificultades notables en dicho siglo XIX y esas dificultades restaban de haberse concluido en el cambio de siglo.

Los grandes dogmas como la separación entre la Administración y la Justicia que proclamó la Revolución Francesa, mediante una convencional interpretación del principio de la división de poderes; su consecuencia, el apotegma según el cual "juger l'Administration c'est encore administrer", que confiaba la justicia administrativa a simples órganos administrativos y no jurisdiccionales; el carácter impugnatorio con que se configuró el instrumento más vivaz del contencioso-administrativo, el recurso francés de "excès de pouvoir", derivado de la concepción jerárquica del control confiado al Consejo de Estado y a los Consejos de prefectura y no a verdaderos Tribunales; el sistema de lista en cuanto a los actos susceptibles de recurso y la exclusión sistemática del grueso de los actos producidos por la Administración, aquellos que contasen con algún elemento de apreciación discrecional; la limitación de los fallos a

una declaración anulatoria o absolutoria respecto de los actos objeto de recurso, una consecuencia más de lo mismo; la remisión de la ejecución de las Sentencias a la Administración autora de los actos anulados, de nuevo conclusión de todo lo anterior; la limitación de los fundamentos de la impugnación, por el prurito del respeto a la independencia administrativa, etc.

La superación de esa cadena de limitaciones convencionales fue la hazaña de la primera mitad del siglo XX. Las grandes construcciones teóricas con que este siglo comienza (Hauriou, Duguit, Otto Mayer, Santi Romano) prestarán una base nueva y mucho más segura al Derecho Administrativo fragmentado y frágil creado trabajosamente sobre unos cuantos principios de la Revolución Francesa. A mitad del siglo la justicia administrativa parece haber eliminado los obstáculos: la jurisdiccionalización plena del recurso contencioso-administrativo, la cláusula general de competencia de los Tribunales contenciosos, que incluye a todos los actos administrativos posibles, sin excepcionar a los actos discrecionales, acosados por una panoplia de técnicas aparentemente suficientes (reducción básica de la discrecionalidad en virtud de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, desviación de poder, control de los hechos determinantes, principios generales del Derecho).

Pero como entre tanto la Administración ha seguido creciendo (crecimiento que pocos creemos que va a retroceder, no obstante todas las políticas de desregulación, de neo-liberalismo, de reprivatiza-

\* Texto del documento presentado al ciclo de conferencias sobre Justicia Administrativa organizado por la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, San José, abril 1986.

\*\* Profesor, Universidad Complutense de Madrid.

ción y demás *slogans* a la moda), esos logros de la justicia administrativa, en los que tantas ilusiones pusimos quienes ya somos viejos, se han visto enseguida que eran insuficientes.

En todos los países occidentales puede hoy hablarse de una crisis del sistema. Cuando he leído las "Ponencias de reforma a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa" de Costa Rica, que su Corte Suprema tan oportunamente ha promovido y sobre las que nos proponemos reflexionar en esta reunión, mi sensación ha sido de escasa sorpresa, más bien de reconocer los males de que el sistema adolece en mi propio país.

El primero de esos males parece ser el retraso. Las ponencias hablan de siete años para concluir un proceso; no muy distinta es la situación española, debo decir, y aun la de todos los 21 países del Consejo de Europa, si nos atenemos a la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la tutela judicial "dentro de un plazo razonable" del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Esa quiebra del sistema es justamente casi una quiebra definitiva en un sistema de justicia administrativa montado sobre la técnica impugnatoria de actos y sobre el carácter no suspensivo del recurso, con independencia de la casi segura mutación del Derecho en un plazo tan extenso que hace ilusoria una buena parte de las Sentencias estimatorias. Si en todos los órdenes jurisdiccionales "justice delayed is justice denied", en el contencioso-administrativo ello es evidente.

Frente a ese fallo tan elemental y tan grave las soluciones no pueden ser más que dos: aumentar el número de jueces y aligerar resueltamente el procedimiento (yo creo que yendo decididamente hacia juicios verbales rápidos, que son aptos para la mayor parte de los contenciosos; he visto que tal es la propuesta del Dr. Chacón Bravo).

Pero hay motivos más hondos tanto de la crisis del sistema como precisamente de que el retraso frustre el fin de los procesos contencioso-administrativos. Sin ánimo de agotarlos, me atrevería a enunciar unos cuantos, antes de detenerme en el particular que se me ha asignado:

—reducción de las vías administrativas a puramente facultativas; otra cosa es reforzar simplemente los privilegios posicionales de la Administración, pues tales vías son normalmente ineficaces;

—el tema de la fugacidad de los plazos para recurrir; aquí hay que separar el régimen de caducidad de los plazos puramente procesales por el criterio del Derecho Civil de los plazos largos de prescripción de los derechos materiales; en este sentido me

muestro de acuerdo con la propuesta del Dr. Ortiz sobre la inexigibilidad de una previa declaración de ilegalidad de una resolución administrativa para poder reclamar los daños y perjuicios que ésta cause, dentro del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad; a los ejemplos comparatistas que él proporciona, añado yo uno de especial relieve, el de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las acciones indemnizatorias contra dichas Comunidades;

—el problema del abuso deliberado de la ejecutoriedad previa de los actos administrativos, abuso casi garantizado en sus efectos por el largo retraso que sufre la posibilidad de hacer cesar dicha ejecutoriedad; aquí no hay más remedio que generalizar los procesos cautelares o preventivos capaces de trastocar en el acto la situación de ventaja posesoria, con medidas abiertas no limitadas a la mera suspensión de los actos; es la vía seguida en Francia con el sistema de "référé", o en Italia con "l'ordinanza d'urgenza", y en casi todos los países europeos (no, por cierto, en España);

—el sistema de ejecución de las Sentencias, dejando atrás el convencional sistema de "separación" entre la Administración y los Tribunales y otorgando a éstos poderes directos de ejecución por sí mismos o por comisionados "ad hoc", en lo que están hoy también una buena parte de los países europeos;

—en fin, queda el tema de los tipos de acción, que es el que me va a ocupar el resto de mi intervención.

## II

El problema de los tipos de acciones contencioso-administrativas surge de la evolución bien conocida del sistema francés de recursos. De nuevo una historia vieja de más de un siglo sigue condicionándonos en una situación histórica totalmente diversa.

Esa historia puede resumirse en muy pocas palabras. Sobre el principio de separación entre la Administración y los Tribunales se instaurará el sistema llamado de justicia administrativa retenida (retenida en el Ejecutivo) que se confía al Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno. Sólo cuando el ciudadano invoca una privación de derechos subjetivos (especialmente los patrimoniales: propiedad, contratos, más tarde daños patrimoniales) será posible trabar un contencioso "de plena jurisdicción", lo que indica que el Consejo de Estado actúa con la plenitud de poderes que un juez ordinario: admite acciones declarativas, no se enjuician actos administrativos sino relaciones jurídicas, algu-

nas muy complejas, y sus fallos pueden no sólo anular actos sino declarar la situación jurídica y condenar a la Administración a hacer o no hacer, a hacer más o hacer menos, todo lo preciso para respetar la extensión concreta de la relación jurídica que queda declarada.

Pero la posición del Consejo en el seno de la Administración y su asistencia al órgano más alto de la misma, el Gobierno, le va a llevar a controlar de oficio el vicio de incompetencia con que se encuentra en su actuación; enseguida se equiparará a la incompetencia el vicio de forma, en cuanto que la observancia de un determinado procedimiento condiciona el ejercicio legítimo de la competencia. Este control se ejerce en cuanto el Consejo de Estado es un órgano administrativo superior, no en cuanto es un juez.

Poco a poco los particulares comienzan a denunciar esos vicios de los actos administrativos, que se unificarán como "exceso de poder" y a los que se irán añadiendo más adelante otros motivos: infracción de Ley, desviación de poder. Pero los particulares actúan como denunciadores o en vía de simple petición para que el Consejo de Estado actúe sus poderes de oficio, no como una parte que abre un proceso, que ejercita una acción. Una Ley de 1872, sobre esta expectativa jurisprudencial, va a calificar esa denuncia como "recurso de exceso de poder", al lado e independientemente del tradicional recurso de plena jurisdicción. Deja de ser entonces una simple petición o una denuncia para convertirse en una verdadera acción, que obliga al Tribunal contencioso-administrativo (la misma Ley "delega" en el Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa que hasta entonces retenía el Gobierno) a dictar una Sentencia.

Este recurso por exceso va a tener un éxito extraordinario; a su hilo se crea el Derecho Administrativo moderno, pues sólo él permite penetrar en el núcleo mismo de la actividad administrativa ordinaria, incluyendo los actos discrecionales, núcleo que quedaba al margen de la vía de plena jurisdicción.

Pero el progreso que esta vía significó hubo que pagarlo a un precio duro: la doctrina, hasta hoy mismo, más de 100 años después, se negará a ver en el proceso por exceso de poder un verdadero proceso entre partes; el demandante no sería una parte, porque no ejercita ningún derecho propio para el que pida tutela, sino que simplemente pone en marcha un proceso de control "objetivo" de los actos administrativos que impugna. No es, por tanto, el interés del recurrente (interés que le exige como "prenda de seriedad" de su recurso, para que éste no sea un simple medio de presión o de venganza)

el que se examinará en la Sentencia de fondo; ese interés sirve sólo, por eso, para franquear el umbral de la admisibilidad, una vez pasado el cual el Tribunal se olvida de él para pasar a examinar la validez del acto atacado sin otro parámetro que el del Derecho objetivo. Por eso se dirá que este recurso no es un recurso "subjetivo", que sirva para tutelar derechos o relaciones jurídicas, sino un recurso "objetivo", en el que sólo se ventila la validez abstracta de un acto administrativo según el Derecho objetivo, al margen de quien se encuentre afectado por él y de sus situaciones jurídicas, las cuales quedan al margen de la Sentencia de fondo. No habría pues, proceso entre partes, porque no se enjuicia ninguna relación entre partes, sino un "proceso al acto" (concepto repetido desde Laferrière), proceso en el cual ni siquiera la Administración alcanza la posición de parte procesal verdadera.

Todo lo cual conduce a que el fallo posible en ese singularísimo proceso sin partes no pueda imponer a la Administración, que no actúa como demandada, nada en absoluto, ni declarar en favor del recurrente, que tampoco ejercita titularidades propias sino sólo una acción objetiva en interés de la legalidad, nada tampoco. La Sentencia de este singular recurso de exceso de poder, que no tendría paralelo con ningún proceso civil, deberá limitarse a un pronunciamiento abstracto: declarar la anulación del acto impugnado o absolver al acto del ataque. Nada más. Al recurrente no le conciernen ya las consecuencias de ese fallo. Sólo a la Administración corresponde extraer tales consecuencias. Más adelante, se admitirá que el recurrente podrá montar un segundo proceso si las consecuencias derivadas del primero no han sido correctamente extraídas por la Administración; otro proceso objetivo, también, aunque más adelante se aceptará la posibilidad de una acción indemnizatoria por eventuales perjuicios económicos.

Esta construcción ha sido matizada, discutida, incluso en alguna ocasión contradicha, pero en lo fundamental sigue inalterada, explicándose con la dualidad de conceptos recurso subjetivo/recurso objetivo, que propuso Duguit a principios de siglo. Pero es más: su vitalidad se ha demostrado al influir decisivamente, mediante una recepción "in toto" o "in complexu", sobre el sistema de justicia de las Comunidades Europeas en 1951-1957. Los Tratados de Roma y de París encomendaron al Tribunal de Justicia de las Comunidades un sistema de control sobre los actos de éstas que es la trasposición pura y simple del sistema francés.

Sobre esa dualidad de figuras procesales se montó en Italia su sistema de justicia administrativa,

nas muy complejas, y sus fallos pueden no sólo anular actos sino declarar la situación jurídica y condenar a la Administración a hacer o no hacer, a hacer más o hacer menos, todo lo preciso para respetar la extensión concreta de la relación jurídica que queda declarada.

Pero la posición del Consejo en el seno de la Administración y su asistencia al órgano más alto de la misma, el Gobierno, le va a llevar a controlar de oficio el vicio de incompetencia con que se encuentra en su actuación; enseguida se equiparará a la incompetencia el vicio de forma, en cuanto que la observancia de un determinado procedimiento condiciona el ejercicio legítimo de la competencia. Este control se ejerce en cuanto el Consejo de Estado es un órgano administrativo superior, no en cuanto es un juez.

Poco a poco los particulares comienzan a denunciar esos vicios de los actos administrativos, que se unificarán como "exceso de poder" y a los que se irán añadiendo más adelante otros motivos: infracción de Ley, desviación de poder. Pero los particulares actúan como denunciadores o en vía de simple petición para que el Consejo de Estado actúe sus poderes de oficio, no como una parte que abre un proceso, que ejercita una acción. Una Ley de 1872, sobre esta expectativa jurisprudencial, va a calificar esa denuncia como "recurso de exceso de poder", al lado e independientemente del tradicional recurso de plena jurisdicción. Deja de ser entonces una simple petición o una denuncia para convertirse en una verdadera acción, que obliga al Tribunal contencioso-administrativo (la misma Ley "delega" en el Consejo de Estado la jurisdicción contencioso-administrativa que hasta entonces retenía el Gobierno) a dictar una Sentencia.

Este recurso por exceso va a tener un éxito extraordinario; a su hilo se crea el Derecho Administrativo moderno, pues sólo él permite penetrar en el núcleo mismo de la actividad administrativa ordinaria, incluyendo los actos discrecionales, núcleo que quedaba al margen de la vía de plena jurisdicción.

Pero el progreso que esta vía significó hubo que pagarlo a un precio duro: la doctrina, hasta hoy mismo, más de 100 años después, se negará a ver en el proceso por exceso de poder un verdadero proceso entre partes; el demandante no sería una parte, porque no ejercita ningún derecho propio para el que pida tutela, sino que simplemente pone en marcha un proceso de control "objetivo" de los actos administrativos que impugna. No es, por tanto, el interés del recurrente (interés que le exige como "prenda de seriedad" de su recurso, para que éste no sea un simple medio de presión o de venganza)

el que se examinará en la Sentencia de fondo; ese interés sirve sólo, por eso, para franquear el umbral de la admisibilidad, una vez pasado el cual el Tribunal se olvida de él para pasar a examinar la validez del acto atacado sin otro parámetro que el del Derecho objetivo. Por eso se dirá que este recurso no es un recurso "subjetivo", que sirva para tutelar derechos o relaciones jurídicas, sino un recurso "objetivo", en el que sólo se ventila la validez abstracta de un acto administrativo según el Derecho objetivo, al margen de quien se encuentre afectado por él y de sus situaciones jurídicas, las cuales quedan al margen de la Sentencia de fondo. No habría pues, proceso entre partes, porque no se enjuicia ninguna relación entre partes, sino un "proceso al acto" (concepto repetido desde Laferrière), proceso en el cual ni siquiera la Administración alcanza la posición de parte procesal verdadera.

Todo lo cual conduce a que el fallo posible en ese singularísimo proceso sin partes no pueda imponer a la Administración, que no actúa como demandada, nada en absoluto, ni declarar en favor del recurrente, que tampoco ejercita titularidades propias sino sólo una acción objetiva en interés de la legalidad, nada tampoco. La Sentencia de este singular recurso de exceso de poder, que no tendría paralelo con ningún proceso civil, deberá limitarse a un pronunciamiento abstracto: declarar la anulación del acto impugnado o absolver al acto del ataque. Nada más. Al recurrente no le conciernen ya las consecuencias de ese fallo. Sólo a la Administración corresponde extraer tales consecuencias. Más adelante, se admitirá que el recurrente podrá montar un segundo proceso si las consecuencias derivadas del primero no han sido correctamente extraídas por la Administración; otro proceso objetivo, también, aunque más adelante se aceptará la posibilidad de una acción indemnizatoria por eventuales perjuicios económicos.

Esta construcción ha sido matizada, discutida, incluso en alguna ocasión contradicha, pero en lo fundamental sigue inalterada, explicándose con la dualidad de conceptos recurso subjetivo/recurso objetivo, que propuso Duguit a principios de siglo. Pero es más: su vitalidad se ha demostrado al influir decisivamente, mediante una recepción "in toto" o "in complexu", sobre el sistema de justicia de las Comunidades Europeas en 1951-1957. Los Tratados de Roma y de París encomendaron al Tribunal de Justicia de las Comunidades un sistema de control sobre los actos de éstas que es la trasposición pura y simple del sistema francés.

Sobre esa dualidad de figuras procesales se montó en Italia su sistema de justicia administrativa,

El Derecho Privado es normalmente expresión de un principio de justicia distributiva (*suum cuique tribuere*), de modo que la norma objetiva se descompone enteramente en una constelación de derechos subjetivos; por ello la aplicación forzosa del Derecho Administrativo queda confiada a los propios sujetos, los cuales, instando de los Tribunales la protección de sus derechos subjetivos, aseguran por sí solos todas las posibilidades de cumplimiento de la Ley. Pero el Derecho Administrativo está articulado de otro modo. Hay en él, por supuesto, manifestaciones de una justicia distributiva y es aquí, justamente, donde se insertan los derechos subjetivos de contenido típico que han encontrado su cobertura en los procesos de plena jurisdicción. Pero lo más común es que el Derecho Administrativo alimente sus normas de una valoración de los intereses colectivos, sin atender de manera expresa a la articulación de los mismos con los intereses privados. Todo el Derecho de la organización, por ejemplo, y en general las atribuciones de potestades que se configuran como verdaderas potestades públicas o de superioridad (por ejemplo: obras públicas, potestades de ordenación económica, orden público) está en ese caso. De lo cual parecería deducirse la imposibilidad de descomponer una norma objetiva de ese tenor en un sistema de derechos intersubjetivos.

Nadie puede tener derecho, por ejemplo, a que un Ayuntamiento se constituya o delibere o adopte acuerdos como la legislación municipal dispone, o que un plan de urbanismo incluya todas las determinaciones que la Ley le impone. Parecería entonces que ningún ciudadano podría imponer la observancia de esas normas a la Administración, si la justicia administrativa hubiese de limitarse, como la justicia civil, a hacer valer verdaderos derechos y nada más. Lo cual presenta la mayor gravedad: si la legalidad de la Administración no pudiese ser exigida a ésta por los ciudadanos, esa legalidad sería ociosa, una simple regla moral, objeto a lo sumo del control político del Parlamento, no del control jurisdiccional de los Tribunales.

Es ante ese dilema como se puso en marcha un supuesto recurso objetivo, o la proclamación de que se tutelaban no sólo derechos sino también intereses legítimos. Pero estas tesis, viejas ya de un siglo, deben someterse a estrecha revisión.

Comencemos por observar que no puede valer la idea de un recurso "objetivo" o en puro interés de la legitimidad. Esta idea puede aceptarse cuando se trate del ejercicio de acciones populares, supuesto en el cual puede entenderse que el recurrente actúa como un Ministerio Público, según Hauriou interpreta la posición del recurrente por "excès de pouvoir".

Pero fuera de este supuesto limitado, basta tener alguna experiencia judicial para comprender sin vacilaciones que los recurrentes defienden lo que vívidamente entienden ser sus derechos o, al menos, sus intereses (no adelantemos por el momento las calificaciones) y no la legalidad abstracta. Es totalmente convencional pretender que su interés se acaba con la admisión del recurso, que es lo que viene a resultar de la construcción de nuestras leyes jurisdiccionales que resuelven el tema del interés como un simple requisito de admisión o legitimación. El recurrente siente no sólo la admisibilidad, sino, especialmente, la desestimación como una negación substantiva de sus derechos. Esta vivencia es, en efecto, subjetiva, pero es también general, lo cual denota que alguna objetividad subyace en ella, y en cualquier caso es la que mueve el mecanismo entero de la justicia. El cual, con la excepción de los asuntos penales, es siempre un mecanismo de satisfacción de intereses subjetivos, de lucha por el propio derecho.

También se complican las cosas si se habla, como hacen nuestras leyes, de un simple interés en la anulación del acto. La jurisprudencia española ha concretado que por interés ha de entenderse, precisamente, un perjuicio que el acto cause al recurrente o un beneficio que de la eliminación de dicho acto le resulte. La jurisprudencia francesa mide también el interés por el *grief*, el perjuicio, la agresión, que el acto impugnado cause. Es ese principio lo substancial y no el interés, observación que nos permite reconstruir la actitud del recurrente, que no es una simple inclinación hacia el asunto, como parecería resultar del concepto de interés, sino como una *defensa frente a un perjuicio que le cause el acto de la Administración*, perjuicio que él estima injusto en cuanto producido al margen de la legalidad que pauta la actuación legítima de la administración.

Así se revela que lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. Así se conectan, pues, interés subjetivo y legalidad objetiva.

Se trata de que el ordenamiento ha apoderado al sujeto que demuestra que está en ese supuesto (perjuicio causado por una actuación ilegal de la Administración) para anular el acto que le causa el perjuicio. Esto es algo más que una regla procesal; es, por el contrario, una regla jurídico-material de primera importancia, una extensión substancial de la tutela, en virtud de la cual nadie está obligado a soportar perjuicios causados por actos ilegales de la

Administración, atribuyendo a los sujetos, a ese efecto, una acción anulatoria de dichos actos.

Es, sencillamente, el otorgamiento de un específico derecho subjetivo.

Resulta completamente equívoco pretender que no hay aquí derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma configurada sólo para servir el interés general. Todas las normas jurídicas, y no sólo las administrativas, están basadas en el interés general. Pero donde está el derecho subjetivo, cuando éste se pone en pie con una acción de defensa, no es al producirse cualquier violación abstracta de cualquier norma (en este sentido no existe un derecho a la legalidad, contra lo que algunos han pretendido), sino en la conjunción entre violación de la norma y perjuicio personal al ciudadano, y es evidente que esa acción se otorga en interés del ciudadano que, en ese sentido y sólo en tal sentido, la ejerce.

Veamos cómo puede caracterizarse este tipo de derecho subjetivo.

## V

Hay que partir para ello de la posición jurídica de la Administración como sujeto, la cual consiste esencialmente en que no puede obrar sino en virtud de apoderamientos legales explícitos, en virtud del básico principio de legalidad. Este principio de legalidad no es una mera regla organizativa de orden, como puede ser el caso de las normas que pautan el funcionamiento de una gran empresa. Por el contrario, la técnica del gobierno por la ley y no por los hombres se enraíza desde la Revolución Francesa en la idea de que la ley es la garantía de la libertad, tanto porque es la obra de la voluntad general de los ciudadanos como porque sólo la ley puede establecer los límites a la libertad. El artículo 4º de la Declaración de 1789 de Derechos del Hombre y del Ciudadano lo precisó muy bien:

"La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así los derechos naturales de cada hombre no tienen otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. *Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley*".

Y el artículo 5º lo corrobora diciendo:

"La Ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. *Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena*".

Esta concepción profunda sigue estando en la

base de todo Estado de Derecho y es en ella donde se articulan las posiciones jurídicas respectivas de la Administración y del ciudadano. El principio de legalidad es por ello mucho más que una técnica de organización burocrática, es una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o que le impida hacer lo que la ley permite no sólo es una infracción de dicha ley, objetivamente considerada, sino que es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto.

Ha sido la conciencia larvada de esa idea la que ha alimentado la creación del "excès de pouvoir" o de la protección de los llamados intereses legítimos. Pues está claro que al reconocer al ciudadano una acción jurisdiccional para lograr la eliminación de los actos administrativos ilegales no se está atribuyendo al mismo una función abstracta de fiscalizador de la observancia objetiva de la legalidad por la Administración, una función de Ministerio Público; por el contrario, se le está reconociendo un verdadero derecho subjetivo para defender su libertad cuando ésta sea injustamente (*id est*: ilegalmente) atacada por la Administración: *ubi remedium ibi ius*.

Por eso el perjuicio, el *grief*, o la pérdida de una ventaja, lo que está en el fondo del famoso interés, no es un simple requisito procesal, o una exigencia de "seriedad en el planteamiento del litigio"; es, por el contrario, la base misma de ese derecho subjetivo cuyo objeto es la eliminación de ese perjuicio o de ese *grief* si se demuestra injusto, demostración que ha de hacerse sobre la justificación de la ilegalidad del ataque administrativo.

¿Cómo explicar la estructura técnica de ese derecho subjetivo? Esquematizaremos:

1) Un sector de la doctrina italiana ha pretendido que en toda situación de "interés legítimo" o de ventaja derivada de la observancia de la legalidad por la Administración subyace siempre un derecho subjetivo típico; así el expropiado que impugna la irregular constitución o deliberación del Jurado de Expropiación o cualquier defecto en el procedimiento expropiado está defendiendo, en realidad, su derecho de propiedad; o el funcionario que ataca una regulación ilegal de su carrera defiende su "ius in officium", o el concursante que impugna la constitución irregular de la Comisión de selección su "ius ad officium". Un derecho subjetivo sería siempre "presupuesto del interés legítimo" y éste vendría a consistir en una extensión de la protección dispensada a tales derechos de fondo frente a los procedi-

mientos (en amplio sentido) administrativos de incidencia sobre los mismos, para imponer su legitimidad. Es ésta una observación que estimamos cierta y que puede contribuir a fortalecer considerablemente la situación de base de que el ciudadano parte por la incidencia que sobre la misma tiene el acto administrativo que se impugna, pero, no obstante, es una observación que puede ser equívoca. En efecto, como vamos a ver inmediatamente, y ya hemos avanzado, donde está el verdadero derecho subjetivo aquí relevante no es en esa titularidad subyacente que sostiene, en último extremo, la situación afectada por el acto administrativo a impugnar, sino, precisamente, en la reacción misma frente al acto ilegal que perturba el propio ámbito vital. Es esta lesión o perjuicio injustos lo que hace ponerse en pie el derecho subjetivo que aquí se ejercita, que es un derecho distinto del que subyace a la situación atacada (como el derecho a la reparación de un daño extracontractual causado por un tercero a una cosa propia no es un derecho real derivado de la titularidad de dicha cosa, sino, claramente, otro derecho distinto y nuevo).

2) Si antes de que esa lesión o perjuicio se produjesen no existía más que un derecho abstracto de libertad, de libre desenvolvimiento (artículo 10.1 de la Constitución española), de integridad del propio círculo vital, salvo en cuanto puedan afectarle prescripciones legales (en modo alguno, pues, un derecho a la observancia por la Administración de la legalidad objetiva), el hecho mismo de la producción de la lesión o perjuicio, cuando éste es ilegal o producido infringiendo la Ley, hace surgir un derecho subjetivo estricto, el derecho (que la atribución de la acción revela) a la eliminación de ese perjuicio, un derecho de defensa o protección (*Abwehrrecht*: Rupp, Henke). Es lo que en la caracterización de Roubier se llamaría una "situación reaccional", que este autor explica de esta manera: antes de la infracción no existiría un derecho subjetivo propiamente tal, sino un simple deber impuesto por la Ley al otro sujeto (aquí el deber de la Administración de respetar, de no interferir el ámbito vital de los ciudadanos sino legalmente); pero una vez el deber violado o infringido surge ya un verdadero derecho subjetivo, el de reparación o de restitución, que obliga a reintegrar al otro sujeto en la esfera de deber transgredida y a reparar, en su caso, el perjuicio que esa transgresión ha podido causar al dañado. Ejemplo en el Derecho Privado de estas situaciones reaccionales: acciones de responsabilidad, acciones de nulidad, acción de competencia desleal. Antes de la infracción del deber legal no existe propiamente un derecho subjetivo, porque si existiese podría su titular

disponer de él y esa disponibilidad (renuncia anticipada a exigir responsabilidad —cláusulas de exclusión de responsabilidad—, renuncia anticipada al ejercicio de acciones de nulidad, etc.; aquí renuncia previa a impugnar los actos administrativos legales) no es admitida por el ordenamiento, lo cual acreditaría que el deber de que se trata en el otro sujeto es un deber objetivo hacia la Ley y no una obligación subjetiva hacia otra persona de que ésta sea titular activo; sólo cuando la lesión del ámbito vital de intereses se ha producido surge el verdadero derecho subjetivo por parte del lesionado, un derecho de *redressment* o de eliminación del perjuicio.

3) Con la explicación técnica anterior queda aclarado con simplicidad el fenómeno que aquí nos ocupa. La Administración no tiene hacia un ciudadano o hacia un conjunto de ellos, la obligación jurídica de observar la legalidad; por eso mismo no puede hablarse de que los ciudadanos tengan, invirtiendo la perspectiva, un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad por la Administración, fuera de los casos en que sean titulares de verdaderos derechos subjetivos típicos. La observancia de la legalidad es para la Administración un deber puramente objetivo, derivado de la vinculación positiva que de dicha legalidad directamente resulta para ella, como hoy declara el artículo 103.1 de la Constitución española. Pero ese deber está instituido por el ordenamiento no sólo con fines organizativos abstractos, o en función de intereses materiales colectivos, sino también, y preferentemente, como una técnica de libertad de los ciudadanos, los cuales no pueden ser afectados por la administración en sus propios asuntos, en sus intereses, materiales y morales, más que a través de actuaciones legítimas, esto es, cubiertas o amparadas por la Ley. De este modo la Ley objetiva puede, contra lo que antes suponíamos, descomponerse, en efecto, en un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, lo cual se explica del modo siguiente. Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros, como consecuencia de la trascenden-

cia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la Ley; la Administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo; lo que se hace valer en el proceso es, pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado.

4) Por ello la famosa afirmación de Bachof, decisiva en la evolución práctica y en la interpretación del Derecho alemán, según la cual todas las ventajas (*Begünstigen*) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en verdaderos derechos subjetivos, expresa un principio capital del actual Estado de Derecho; pero debe matizarse, para evitar posibles equívocos, con la observación de que la constitución en derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba.

5) Establecido lo cual, resulta sin justificación ninguna la limitación de la Sentencia estimatoria, o que dé curso a este tipo de derecho subjetivo, a la simple anulación del acto, sin otros pronunciamientos. Esta limitación viene de la vieja doctrina francesa sobre la supuesta naturaleza objetiva y no subjetiva de este recurso y, aunque algo quebrantada con ciertas fórmulas indirectas, se mantiene en Francia todavía en lo substancial. En este modelo histórico se han inspirado los artículos 42 y 43 de la Ley jurisdiccional española (equivalente a los artículos 22 y 23 de la Ley costarricense de la Jurisdicción), que exigen hacer valer un derecho subjetivo típico y activo, y no meramente reaccional, para poder obtener en el proceso contencioso, además de la anulación del acto, "el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma". Que esto está justificado es más que obvio: es una verdadera "situación jurídica individualizada" lo que hace valer, como hemos visto, quien se ampara en tal interés directo, que encubre realmente un verdadero derecho subjetivo y, por tanto, el restablecimiento de dicho derecho, o, lo que es lo mismo, la restauración de la esfera vital injustamente perturba-

da, resulta obligada en el fallo estimatorio. El principio constitucional de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución española) así lo impone, por lo demás; si así no se hiciese, la tutela sería inefectiva.

## VI

Queda un último problema, antes de terminar, y es si esa conclusión de la que resulta la necesidad de que las sentencias contencioso-administrativas sobrepasen el umbral de la mera anulación de los actos administrativos para entrar en los pronunciamientos de condena en el campo tradicional de "excès de pouvoir", puede suponer o no un desconocimiento de las responsabilidades políticas propias del Ejecutivo, si estaremos o no propugnando un verdadero "gobierno de los jueces", un gobierno, pues, por agentes no responsables democráticamente.

Mi respuesta a ese interrogante es que no. Es obligado reconocer toda la autonomía al Poder Ejecutivo y a los entes públicos menores para cumplir la función que la Constitución les atribuye como propia. Ninguna ventaja política, absolutamente ninguna, habría en intentar sustituir esa autonomía por la discreción o el buen o el mal sentido de los jueces, y aún esto supondría algo grave dentro de un sistema democrático, en cuanto que vendría a conferir un poder político directo a quienes no están legitimados por la voluntad popular ni pueden ser tampoco censurados por ésta. Todo panjudicialismo ingenuo ha de excluirse a partir de esa evidencia.

Pero es también patente que en un Estado democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución española) esa autonomía de los agentes del Ejecutivo no puede pretender extenderse al ámbito de lo antijurídico. Si demostramos que ese sería el caso en la hipótesis que nos ocupa, y que además ello supone la negación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamada por nuestras Constituciones, la objeción cae por sí sola.

Lo que sí es cierto es que esa deseable extensión de los fallos contencioso-administrativos (que en parte en España se está realizando por la vía de la estimación de los suplicos que así lo piden, sin hacerse demasiada cuestión del problema) vuelve a exigir en los magistrados de esta jurisdicción una formación jurídica en Derecho Público perfectamente a punto, de modo que sus decisiones tengan una clara fundamentación en Derecho y no se presenten como meras inmisiones arbitrarias en un ámbito de responsabilidad que les es ajeno.