

CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (*)

SUMARIO: I. Introducción.—II. De la admisibilidad de las pretensiones en sede jurisdiccional.—III. Extensión de la investigación jurisdiccional de los actos administrativos.

I. INTRODUCCIÓN

1. Dos cuestiones presentan relieve nodular para la protección del administrado ante los órganos jurisdiccionales. Una concierne a la admisibilidad del pleito, esto es, al reconocimiento de que el administrado tiene una pretensión susceptible de ser defendida en juicio, es decir la legitimación para una determinada litis; otra, referente a la extensión del control jurisdiccional posible, en la investigación del comportamiento administrativo.

Pretendemos abordar ambos aspectos, ahora de modo breve y sencillo, partiendo para ello de premisas que, a nuestro modo de ver, pocos han explorado, a pesar de su trascendente importancia. Dichas premisas son las que tienen directo fundamento en la índole del Estado de Derecho.

2. Conviene recordar que el Estado de Derecho es la consagración jurídica de un proyecto político. En él se estratifica el objetivo de garantizar al ciudadano contra arbitrariedades del Poder Público, mediante la previa subordinación del Poder y de sus agentes a un marco normativo general y abstracto cuya función principal es conformar *efectivamente* la conducta estatal a ciertos parámetros previamente establecidos como forma de defensa de los individuos.

Asimismo, es su propósito establecer realmente un obstáculo a que tales límites sean sobrepasados y —si pese a ello lo fueren— asegurar que los comportamientos violadores del Derecho sean eliminados, imponiéndose aquellos que serían debidos, además de las reparaciones patrimoniales posibles. En esto, evidente, va supuesto un órgano independiente al cual los perjudicados por la actuación ilegítima puedan recurrir para declarar el Derecho y la consecuente sujeción del Estado

(*) Traducción por el Profesor José María DE FRUTOS ISABEL (Universidad de Santiago de Compostela).

a las normas establecidas. La noción del Estado de Derecho reclama, pues, como observó BALLADORE PALLIERI, que el Estado esté «sometido, como cualquier otro sujeto, a las leyes y a la jurisdicción» (*Diritto Costituzionale*, Giufre', 3.^a ed., 1953, pág. 85).

Además de eso, el Estado de Derecho lleva consigo, fundando este proyecto de contención del Poder, la tesis que le es inherente: la de la soberanía popular. O sea, esta concreta realización histórica del Estado niega la justificación del Poder por el Poder o por algún derecho divino, proclamando, por el contrario, como consta en las Constituciones modernas, que todo Poder emana del pueblo y en su nombre es ejercido.

3. Por tanto, el ordenamiento jurídico no tiene ya el carácter de preceptos impuestos por el «Príncipe», por una autoridad externa o extraña a los destinatarios de las normas y por eso establecida como instrumento de sus propios designios. Pasa a ser, inversamente, una disciplina producida en atención, en interés y con la finalidad de producir ventajas para los administrados, ya ahora concebidos como señores últimos de la cosa pública (*res publica*). En suma: el título competencial para la producción del Derecho cambia fundamentalmente, pues sus productores actúan por «representación».

De todo esto resulta que el orden normativo del Estado de Derecho ni se presenta casi como un valor objetivo, ni se propone ser un esquema de conducta que interese prevalentemente a la persona del Estado. Antes bien asume el carácter de marco garantizador de intereses, simultáneamente de la colectividad y, particularmente, *de cada individuo que la compone*, siempre que la violación de legalidad cause al administrado un *agravio personal* o la *substracción de una ventaja que personalmente le correspondería* si fuera mantenido íntegro el orden jurídico.

4. La adopción de esta tesis, enmarcada por los textos constitucionales, sea o no respetada en la *praxis* política, encierra consecuencias jurídicas de trascendental relieve para la interpretación, bien de la «admisibilidad de las pretensiones del administrado en sede jurisdiccional» como para delimitar la «extensión del control jurisdiccional de los actos administrativos».

En efecto, reconocido que es propósito del Estado de Derecho someter al Poder, impidiéndole que se convierta en arbitrario limitador para los individuos, y reconocido, también, que las normas que enmarcan al Poder se proponen defender intereses cuya titularidad última reside en los propios administrados, se está, *ipso facto*, apuntando un importantísimo factor o elemento interpretativo que deberá regir toda y cualquier inteligencia sobre la estimación de ciertas demandas y sobre la amplitud de la investigación de los actos administrativos.

Serán éstos los criterios que presidirán el examen de los títulos ya referidos, que a continuación consideramos.

II. DE LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRETENSIONES EN JUICIO

5. Como es notorio, está asentada la posibilidad de obtener satisfacción jurisdiccional, en la idea de *derecho subjetivo*, ampliándose esta posibilidad en algunos sistemas jurídicos para los llamados intereses legítimos.

Así, la admisibilidad de la pretensión está dominada por la invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. Ambas posiciones, entre tanto, han sido objeto de serias discrepancias en cuanto a las respectivas consideraciones.

No es nuestro propósito proceder a un examen de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Añádese que, en el Derecho brasileño, no se aprecia o valora esa distinción. Ciertas hipótesis que, en otros sistemas, serían consideradas como tipificadoras de interés legítimo son tenidas, en Brasil, como derecho subjetivo, recibiendo, de ese modo, protección jurisdiccional equivalente. Vale decir que bajo la rúbrica derecho subjetivo conviven conjunta e indiscriminadamente *ciertas situaciones* que, a la luz de otros sistemas, serían diferentes, distintamente rotuladas y sometidas a regímenes protectores diversos (1).

6. Para concretar, a través de un ejemplo, lo que se acaba de decir, cabe señalar que, en el Derecho brasileño, se tiene como cierto que los concurrentes a una licitación pueden promover judicialmente la anulación, si el clausulado del anuncio contuviere base ilegítima susceptible de perjudicarles, como, *verbi gratia*, la cláusula que permitiese a la Administración decidir con total discrecionalidad sobre el eventual adjudicatario. Considérase que existe ahí, en favor de cualquiera de los participantes, un derecho subjetivo tutelable en juicio o, lo que sería perfectamente equivalente en términos prácticos, «legitimación» para impugnar el anuncio, buscando un interés propio. Sin embargo, hipótesis análoga es presentada, en ejemplo de GORDILLO, precisamente como un caso de interés legítimo o derecho reflejo (*Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, 1975, parte general, t. II, cap. XV-32, n. 20.4.1).

7. Nos proponemos, justamente, pasar por alto esta distinción corriente entre derecho subjetivo e interés legítimo. Es nuestro propósito cuestionar sobre la *necesaria* admisibilidad de ciertas pretensiones ante el *Poder Judicial* en los países en que hay (como entre nosotros) unidad de jurisdicción por fuerza de las exigencias del Estado de Derecho (2).

(1) No va en esto la afirmación de que el concepto de derecho subjetivo elaborado (al menos pragmáticamente) por nuestra jurisprudencia y doctrina tenga amplitud suficiente para abarcar el ámbito bien cubierto por las nociones de interés legítimo y derecho subjetivo, tal como son concebidos en los países donde la protección de uno y de otro se ejercitan en vías y formas diferenciadas. Destacamos que, entre nosotros, la noción de derecho subjetivo ha sido operativa para el amparo de innumerables situaciones que, en otros sistemas, se calificarían como intereses legítimos.

(2) En Italia, la defensa de los derechos subjetivos se hace ante el juez ordinario, y la de los intereses legítimos, ante la Justicia administrativa (Consejo de

8. Las premisas inicialmente colocadas a propósito de la índole del Estado de Derecho ya insinúan la conclusión que nos parece posible sobre la amplitud de las situaciones que excitan buscar amparo judicial.

En efecto, afirmándose que la legalidad tiene carácter protector de los individuos, resulta que éstos *tienen derecho a ella e interés personal en su restauración cuando la violación del ordenamiento jurídico implica agravios o disminución de ventajas que afectanles individualmente*, importando poco si la ilegalidad argüida alcanza específicamente a uno o a un conjunto de individuos conjuntamente afectados, por encontrarse en la misma situación objetiva y abstracta (3).

9. Lo que efectivamente tiene relieve es saber si de la conducta administrativa ilegítima resulta o no un perjuicio (del que estaría libre) o la omisión de un beneficio conferido por el ordenamiento jurídico y que sería disfrutado por el individuo conforme a él, en el caso de que el proceder administrativo estuviese en consonancia con el Derecho. Este es el punto central de la cuestión.

No cabe imaginar que normas puestas en beneficio de la colectividad, pero que proporcionan provecho individual, no estén para tutelar también y con igual protección a aquellos que de ellas sacarían los beneficios previstos. No cabe suponer que al ser publicada una norma que tiene como objetivo un interés de la colectividad, al ser desatendido, no esté desatendiendo, con la misma intensidad, los intereses concretos y específicos de aquellos individuos que forman parte de aquella misma colectividad (4).

10. Del mismo modo, si del proceder no jurídico de la Administración resulta un perjuicio patrimonial o el impedimento de obtener una ventaja patrimonial, no hay razón eficaz para negar al administrado la

Estado y Tribunales regionales administrativos). A este respecto, véase el excelente trabajo de Enzo CAPACCIOLI, bajo el título «Unidad de la Jurisdicción y Justicia Administrativa», en *Derecho y Proceso*, Cedam, 1978, págs. 338 y ss.

(3) Para Agustín GORDILLO, el interés legítimo se diferencia del derecho subjetivo porque, en este último, alguien tiene, en carácter *exclusivo*, la situación jurídica cuya protección es postulable; en el interés legítimo, la situación jurídica es interrumpida por la concurrencia de otros individuos de tal suerte que no es ni puede ser concretizada con exclusividad —vale decir, con exclusión de otros— en ninguno de ellos. Cfr. *Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi-Lopes, Buenos Aires, 1975, tomo II, cap. XV, especialmente págs. 23 a 39, ns. 16 a 25.

(4) Es corriente la opinión de que el interés legítimo, a diferencia del derecho subjetivo, procede de las normas que son dictadas en interés de la colectividad como un todo, sin poner en relación —salvo por derivación— intereses de los individuos, o sea, de los miembros de la colectividad considerados de por sí. Es de este tipo la posición de ZANOBINI, común entre los autores de la época, y que todavía encuentra muchos adeptos. Dicha manera de concebir y contraponer interés legítimo y derecho subjetivo está profesada y expuesta de manera simultáneamente muy clara y sintética, por los Consejeros de Estado Guido LANDI y Giuseppe POTENZA, en el *Manual de Derecho Administrativo*, Giuffrè, 1963, 2.ª ed., págs. 151 a 155, n. 10.

Para una exposición excelente de las distintas concepciones, véase Enzo CAPACCIOLI, en *Manual de Derecho Administrativo*, Cedam, 1980, vol. I, págs. 251 y ss., ns. 117 y ss.

correlativa reparación económica, *con el pretexto* de que apenas podrá obtener la anulación del acto ilegítimo (5).

En verdad, para el administrado, tan gravosa es la ilegalidad del acto que le afectó como la consecuencia patrimonial de ese acto. Es artificial, extravagante y, sobre todo, irreal la suposición de que el ataque a los comportamientos ilegales —desencadenado por el administrado en estos casos— sea mera defensa del derecho subjetivo y que por eso debe agotarse en la eliminación del acto.

Tiene plena razón el eminente profesor GARCÍA DE ENTERRÍA al destruir la tesis de que los recursos posibles, fuera de las hipótesis comportadas por una noción restringida de derecho subjetivo, tengan el carácter de «un recurso “objetivo” o en puro interés de la legalidad. Esta idea puede tener curso cuando se trate del ejercicio de acciones populares» (*Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2.ª ed., 1981, vol. II, pág. 45).

11. De otra parte, negar protección jurisdiccional en los casos en que el pleito se asienta en hipótesis ajenas a la noción restringida de derecho subjetivo sería asumir una posición antagónica a los factores o elementos interpretativos que son impuestos por la lógica del Estado de Derecho.

Es forzoso, pues, reconocer que en todos los casos en que la violación

(5) Aunque el Derecho francés no haya trabajado con la misma nomenclatura, esto es, sobre la distinción explícita entre derecho subjetivo e interés legítimo, la verdad es que hace la correspondiente diferenciación, al separar los recursos ante la Justicia administrativa (única que tiene competencia para conocer litigios administrativos) en recursos de «lo contencioso de plena jurisdicción» y recursos de «lo contencioso de anulación». Entiéndese que, en los de «plena jurisdicción», la cuestión versa sobre una situación jurídica individual subjetiva. En los recursos de «anulación», el punto controvertido versa sobre la legalidad *objetiva* de un acto administrativo ante una norma jurídica general e impersonal. De ahí que *sólo pueda pretenderse la anulación del acto impugnado* —pues cámbiase la garantía del ordenamiento jurídico objetivo—, al paso que en los recursos de plena jurisdicción es posible la pretensión de reparación patrimonial del afectado. La distinción temática es, sustancialmente, la misma del Derecho italiano, aunque las consecuencias no sean iguales. En efecto, en Italia, aunque administrativa la cuestión, deberá ser promovida ante la jurisdicción ordinaria, si se trata de un derecho subjetivo, y ante la Justicia administrativa si se trata de un interés legítimo. En Francia será siempre la jurisdicción administrativa la que conocerá de los hechos administrativos (salvo raros casos previstos en ley atribuidos a la jurisdicción ordinaria). Aparte de eso, en Italia, aunque corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer las cuestiones relativas al derecho subjetivo, carece del poder de anular el acto administrativo viciado, si bien puede otorgar reparación patrimonial.

La similitud temática compruébase todavía por las modalidades de recurso existentes en ambos países. En el Derecho italiano, los recursos para defender intereses legítimos son suscitados por cuestiones de: *a)* incompetencia; *b)* violación de ley; *c)* exceso de poder. En el Derecho francés, los recursos que tienen lugar en los casos de defensa de la legalidad propiamente (contencioso de anulación), y no en situaciones subjetivas, tienen lugar en cuestiones relativas a: *a)* incompetencia; *b)* violación de ley; *c)* desviación de poder (que corresponde al exceso de poder de los italianos), y *d)* vicio de forma (que en Italia sería caso de violación de ley). Estas distintas hipótesis de recursos enmárcanse bajo la rúbrica genérica de recursos por «exceso de poder».

del ordenamiento jurídico por la Administración acarrea un perjuicio personal para el administrado —esté él colocado en situación relacional concreta o en situación genérica, objetiva— hay también violación de un *derecho* suyo, asistiéndole, por consiguiente, obtener protección jurisdiccional para él (6).

12. ¿Qué especie de «derecho» a ser protegido es éste?

Si nos desvinculamos de una tradición conservadora, inconscientemente vinculada a reminiscencias de un período anterior al Estado de Derecho y que, por eso mismo, viene manejando categorías jurídicas con las mismas dimensiones que tenían en otro marco jurídico, será indeclinable reconocer que este derecho, del que ahora se habla, es pura y simplemente un «derecho subjetivo», en su expresión en la esfera pública y considerado en la dimensión que le corresponde en el Estado de Derecho (7).

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, lapidariamente, sintetizó la cuestión al decir que, en el Estado de Derecho, «la legalidad de la Administración no es, así, una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad».

Y concluye proporcionando un sustancioso sostén teórico para caracterizar tal derecho, como derecho subjetivo, al decir: «Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la Ley no autoriza o le impida hacer lo que la Ley permite no sólo es una acción ilegal, 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» (*ob. cit.*, pág. 48).

(6) Otro de los criterios propuestos para distinguir derecho subjetivo de interés legítimo es el que se basa en las «normas de relación» y «normas de acción», tal como fue propuesto por GUICCIARDI. De acuerdo con este autor, las normas de acción apenas regulan objetivamente el proceder de la Administración y de ellas derivan los intereses legítimos. Las normas de relación regulan situaciones derivadas de relaciones jurídicas entre el individuo y el Estado y de ellas emanan los derechos subjetivos.

(7) Es que todo el ordenamiento jurídico en el Estado de Derecho se propone ser un freno a la acción del Estado, precisamente para otorgar protección a todos y cada uno de los individuos, o también un encauzamiento de las acciones propuestas.

La visión tradicional del derecho subjetivo, montada a la vista de las relaciones privadas, no tuvo bajo su punto de mira relaciones de Derecho público o situaciones de Derecho público que se caracterizan por el específico propósito de sujetarse el Estado a un respeto completo de los intereses de los individuos.

Así, al ser extrapolada del Derecho privado al Derecho público, acogió bajo su mirada apenas las situaciones que se presentaban más semejantes con la estructura de las situaciones de Derecho privado. Lo lógico, por tanto, es extender la visión tradicional del derecho subjetivo para colocar en sus cuadrantes un universo tan comprensivo como aquel que posee en relación con el Derecho privado. Trátase, en suma, de otorgarle igual nivel de funcionalidad en ambas ramas del Derecho, pues no hay razón lógica suficiente para separarlos en términos tan angostos que implican negar, en el Derecho público, protección a situaciones que el Estado de Derecho reclama estén bajo cabal amparo.

Es claro, pues, que al ser ofensa a una libertad constitucional, la ilegalidad en tales casos se presenta, *ipso facto*, como ofensa a un derecho subjetivo público.

13. Esta conclusión es del más elevado realce en los países en que hay, por disposición constitucional, unidad jurisdiccional, y corresponde al Poder Judicial declarar, definitivamente, sobre los *derechos* cuestionados.

En estos países, por un lado, el juzgador no podrá dejar de conocer las cuestiones aludidas, con el fundamento de que sólo están en juego intereses legítimos y, de otro lado, no le podrán ser sustraídas estas cuestiones y reservadas al examen final de órganos de la Administración, constituidos o no de manera que proporcionen controversia entre partes.

14. Por último, es importante resaltar qué exigencias constitucionales no pueden quedar sometidas a previsión (o no) de vías procesales intencionadamente concebidas para la defensa de los derechos en juicio. No se interpreta la Constitución procesalmente. Por el contrario, se interpretan las contingencias procesales a la luz de las exigencias de la Constitución. Por eso, los caminos procesales tienen que ensancharse, con base en la interpretación y en la analogía (si son insuficientes las previsiones normativas en vigor), para abrir espacio al paso y cómoda instalación de derechos que nacen de las prescripciones constitucionales.

Por todas las razones expresadas, creemos ser necesario *concebir el derecho subjetivo, en la esfera pública, de acuerdo con una visión amplia, que guarde sintonía con los objetivos transfundidos en el Estado de Derecho*, al revés de hacerlo, como habitualmente se hace, con la preocupación de restringir sus dimensiones y coartar las posibilidades del administrado de obtener completa protección judicial ante ilegalidades administrativas.

III. EXTENSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

15. La *res publica* no es, obviamente, propiedad personal de los administradores. Estos simplemente administran. No les corresponde más que cuidar, del mejor modo posible, los intereses de toda la colectividad.

Los poderes que la Administración ejerce se justifican única y exclusivamente como medios necesarios para el cumplimiento de ciertas finalidades legalmente establecidas. Por tanto, son *deberes-poderes*, antes que *poderes-deberes*. La idea de deber es la predominante, en cuanto la idea de poder viene marcada por un destino auxiliar, ya que los poderes son conferidos como simples instrumentos necesarios para el cumplimiento de los deberes.

El maestro RUI CIRNE LIMA resumió, con gran acierto, la esencia de la actividad administrativa en frases concisas y exactas que merecen literalmente transcripción. Dice él:

«El fin —y no la voluntad— domina todas las formas de administración» (*Princípios de Direito Administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 5.^a ed., 1982, pág. 22).

«En la administración, el deber y la finalidad son predominantes sobre el dominio a voluntad» (*ob. cit.*, pág. 52).

La relación administrativa es, por tanto, la «relación jurídica que se estructura al influjo de una finalidad cogente» (*ob. cit.*, pág. 51); «supone, de este modo, la actividad administrativa la preexistencia de una norma jurídica, a la que reconoce una finalidad propia. Por consiguiente, la Administración Pública está sometida a la legislación, que debe enunciar y determinar la regla de derecho» (*ob. cit.*, pág. 22).

16. En el Estado de Derecho, incumbe al Poder Legislativo trazar los fines —que la Administración debe perseguir— y establecer los medios y modos por los cuales serán perseguidos.

Es la regla general y abstracta, expedida por el cuerpo representativo de los ciudadanos —titulares últimos del Poder—, que define los caminos a seguir, que caracteriza las situaciones ante las cuales cabe producir los comportamientos considerados útiles para la sociedad, de tal manera que, por este medio, enmárcase la actuación del Ejecutivo —sucesor del Rey en las repúblicas presidencialistas.

Así, la relación que se instaura entre la ley y la actividad administrativa es una relación de dependencia y subordinación mucho más severa que el vínculo que discurre entre la ley y los particulares. En cuanto que éstos pueden hacer todo lo que no les sea prohibido por la ley, la Administración sólo puede hacer lo que le sea, de antemano, permitido por la ley. Más que el simple principio de no contradicción, robustece, aún más, el principio de conformidad.

17. Entre tanto, ocurre que entre la previsión abstracta de la ley y la efectividad concreta de su imperatividad, para la consecución de los fines por ella consagrados, ocurrirá un intervalo que es completado por la conducta administrativa. Es a través de ella que el Estado promueve el enlace entre el proyecto y la realización, entre lo abstracto y lo concreto, entre el plano ideal y el real.

Por eso, como bien lo afirmó Afonso RODRIGUES QUEIRO: «La actividad de la Administración es una actividad de subsunción de los hechos de la vida real a las categorías legales» (*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1940, pág. 6).

La ley puede describir con absoluto rigor y precisión las situaciones fácticas ante las cuales sea *obligatorio* un *único*, determinado y *específico comportamiento* administrativo. En estos casos, la actuación administrativa aparece de antemano enlazada, y de tal forma, que el cumplimiento exacto de la ley y, consiguientemente, de su finalidad, en los casos concretos, no excitará controversias.

En efecto, será facilísima y de inmediata percepción la tarea de apreciar la consonancia o disonancia del acto realizado con el precepto legal.

No será ahí, pues, donde residirán los problemas concernientes a la extensión de la investigación judicial sobre la igualdad jurídica de los actos administrativos.

18. Con todo, las hipótesis en que la disciplina legal está fijada en las condiciones mencionadas son relativamente raras. Es mucho más frecuente, como todos sabemos, que la regla de Derecho, moduladora del comportamiento administrativo, otorgue al administrador cierta libertad, esto es, que le confiera discrecionalidad. En estos casos la Administración disfrutará de ámbito para decidir, pues el contenido de la norma podrá atribuirle la facultad de resolver sobre ciertos asuntos no decididos de antemano por ella. Así, o tendrá la Administración que decidirse sobre «si» practicará un determinado acto, o tendrá que resolver sobre «cuándo» lo practicará, o tendrá que decidirse sobre «qué» acto emanará entre los permitidos o impuestos por la ley. En suma, le incumbe valorar al respecto aquello que conviene hacer para, efectivamente, conseguir, dar satisfacción al interés previsto en la ley.

19. No es, ni de lejos, nuestra intención tratar aquí el tema de la discrecionalidad, sino tan sólo destacar ciertas ideas, postuladas por la índole del Estado de Derecho, relativas a la extensión de la investigación judicial (donde haya unidad de jurisdicción), en los casos en que la Administración actúa gozando de esta esfera de libertad referida.

Constreñidos a este circunscrito propósito, cabe destacar, inicialmente, que la existencia de la libertad aludida se basa en el hecho de que el propósito legal es justamente el de obtener, gracias al otorgamiento de esa libertad a la Administración, la solución *más conveniente* para los intereses que se propone conseguir. Si no fuese su intención asegurar, en los *casos concretos*, la solución que atendiese con exacta perfección sus objetivos, habría regulado la materia diversamente. Es la certeza de que los *objetivos anhelados*, para ser *efectivamente atendidos* «*in concreto*», dependerían de un juicio más próximo a las circunstancias fácticas, aquello que lleva a la ley —en nombre de estos mismos objetivos— a otorgar discrecionalidad.

20. De esto resulta una importante consecuencia lógica. El deber jurídico que se impone a la Administración es *necesariamente* el de escoger *la mejor solución* —y no cualquier solución tolerable, *in abstracto*, por el ámbito de libertad que le confirió la norma legal. En otras palabras, existe para la Administración un «deber jurídico de buena administración». No se trata, pues, de un deber ético, o de un deber político o de un deber de Ciencia de la Administración.

En efecto, la actividad jurídico-administrativa consiste en el cumplimiento de una función. Y la idea de función lleva consigo la de «deber» en vista de una «finalidad», esto es, ejercicio, en interés ajeno, de un poder cuyo ejercicio es obligatorio.

Como dice GUIDO FALZONE: «*Può dirsi pertanto che un elemento di doverosità sia insito nell'esercizio delle funzioni in genere, ed ancora, poichè la cura di determinati interessi si sostanzia nell'amministrazione dei medesimi, che tale carattere di doverosità, si riduca, in ogni caso,*

alla esigenza che il soggetto titolare della funzioni amministrative rettamente ed oportunamente tali interessi» («Il Dovere di Buona Amministrazione», Giuffrè, 1953, parte I, pág. 55).

Entonces, dado que la Administración está vinculada al cumplimiento de una finalidad legal y que, para cumplirla, tendrá que buscar la exacta consecución del interés que la ley tutela, síguese que tiene la carga de un «deber de buena administración».

21. Realmente existe una congruente relación lógica entre la satisfacción de un interés (que es obligatorio) y la idoneidad de las medidas tomadas para alcanzarlo. En otras palabras, no se consigue alcanzar un determinado fin sino cuando las medidas adoptadas para lograrlo son convenientes y oportunas, o sea, adecuadas. Si no lo fueren, serán divergentes con el fin, dejando, pues, de alcanzarlo. Según esto, como la Administración está, *de derecho*, obligada a atender el fin legal, resulta que el «deber de buena administración» —condición que es para alcanzar el fin a que está destinada— configúrase claramente como un «deber jurídico».

22. Pues bien, si así es, resulta que el ámbito de libertad discrecional, abstractamente fijado en la norma legal, *no coincide con el posible ámbito de libertad del administrador delante de las situaciones concretas*. En presencia de las circunstancias fácticas reales, esta libertad será *siempre mucho menor y puede hasta desaparecer*. O sea, puede ocurrir que ante una situación real, específica, exigente de pronunciamiento administrativo, sólo un comportamiento sea, evidentemente, capaz de cumplir la finalidad legal.

En suma —y antes de precisiones mayores—, cumple, desde luego, suprimir la idea, muy frecuente, de que el otorgamiento de libertad discrecional en la ley significa, inevitablemente, que la materia esté exenta de consideración judicial por razón de la procedencia de la medida administrativa adoptada.

En verdad, la situación real en que está situada la Administración necesariamente restringe el campo de elección de comportamientos jurídicamente posibles. En la norma legal el ámbito de libertad aparece más amplio, porque se quiere delimitado, en vista de las situaciones reales. Efectivamente, sucederá en algunos casos que, *a pesar de permitir la ley opción entre dos o más comportamientos* —exactamente para que fuesen sopesadas las circunstancias fácticas, como requisito insuprimible para la satisfacción del interés tutelado—, estas mismas circunstancias evidencian, para alejar cualquier duda, que sólo cabe un comportamiento apto para cumplir el objetivo legal. En este caso, dicho comportamiento es *obligatorio* y no puede ser adoptado otro.

Análogamente, lo mismo ha de decirse cuando la ley faculta un determinado cumplimiento, al contrario de fijarlo como obligatorio.

23. A consecuencia de lo que queda dicho se desprende que, existiendo un «deber de buena administración» —esto es, de adecuada opción en vista de la finalidad legal—, existe también, correlativamente, *para el administrado, derecho* a que la decisión administrativa incidente

sobre él esté ajustada a estos parámetros. En efecto, si no estuviese, el acto administrativo le ha sustraído una ventaja que —ante el caso concreto— la ley pretendía le fuere otorgada, o le ha ocasionado un daño que la ley no deseaba le fuere irrogado.

Con todo, estando en relación la sustracción de un bien jurídico o la atribución de un perjuicio, efectuados *contra la determinación legal, tal ilegalidad*, en la medida en que afecta personalmente a alguien, viola su derecho subjetivo. Y si lo hace cabe protección judicial contra esta violación. Dado que para averiguar esta violación es indispensable una investigación amplia sobre la adecuación o inadecuación del acto administrativo al parámetro de «buena administración», y, teniendo en cuenta que éste sustenta un «deber jurídico», síguese que pertenece al ámbito de atribuciones del juez proceder a esa investigación.

Al hacerlo —conforme se aclara enseguida— no se excede en el ámbito de examen de la legalidad ni se mete en la esfera de la discrecionalidad que asiste al administrador. Esto le estaría vedado, por ofensivo a la tripartición del ejercicio del Poder.

24. Las precedentes disgresiones no pretenden, de forma alguna, que la amplitud de la investigación judicial de los actos administrativos llegue al punto de sustituir el juicio del administrador sobre la oportunidad y conveniencia de una decisión administrativa por el juicio del Poder Judicial. Pretenden, simplemente, subrayar que el juicio administrativo discrecional, para mantenerse en el marco de la legalidad y, por tanto, en su concreto ámbito de expresión, ha de encerrarse dentro de los límites impuestos por el deber de «buena administración», esto es, los que derivan de una racional adecuación entre los actos realizados y la finalidad legal que los justifica.

Preténdese, aparte de esto, que el *cuadro de las circunstancias fácticas, en vista de lo cual la Administración habrá de actuar, promueve un señalamiento adicional de la discrecionalidad abstractamente conferida* por la norma, reduciéndola —tal como es deseado por la ley— hasta el punto de adecuarse a los límites de «buena administración».

Preténdese, finalmente, sustentar que esta reducción *puede, en ciertas circunstancias concretas*, llegar al punto de eliminar, *ante el caso específico*, la libertad que, *in abstracto*, fuera supuesta en la ley.

25. En efecto, esta «libertad» otorgada por la ley se quiere, *in concreto*, ver convertida en «necesidad», puesto que la norma no anhela una solución cualquiera no prohibida, sino únicamente aquella solución *permitida desde el punto de vista del caso concreto*; vale decir, la que satisfaga *excelentemente* el interés público en aquel caso real.

Esta «necesidad» que la situación específica hace irrumpir —cuando se pasa del plano abstracto al concreto— no es una violencia contra la «libertad» conferida por la ley a la Administración. Esto es, no se está, como en Derecho privado, delante de una libertad legal prestigiadora de la «autonomía de la voluntad», sino, al contrario, ante una «función» (y función pública). Por fuerza de esto se robustece la idea de *deber* ante una finalidad preestablecida. La «libertad legal» en Derecho admi-

nistrativo no es un valor en sí, pues no pasa de mero instrumento, concedido tan sólo como medio indispensable para que la Administración pueda, ante situaciones concretas, tomar la decisión *exacta* que la finalidad legal *reclama en aquel caso*. Por eso, tal libertad restringese o desaparece ante la situación concreta.

El haz de circunstancias fácticas concurrentes en la realidad empírica reduce el campo de opciones previsto en la disposición abstracta de la ley y puede llegar, incluso, hasta eliminar las alternativas (que existían en tesis) de manera que se haga exigente una única decisión.

26. Sin duda, en la discrecionalidad administrativa, inversamente a lo que pasa en la vinculación, la norma no particularizó anticipadamente cuál sería la conducta única susceptible de ser adoptada. Con todo, esto no significa que, para la ley, sea indiferente la solución escogida por el administrador, si estuviere comprendida en el ámbito de libertad abstractamente prefijado en la regla de Derecho. Por el contrario, significa lo opuesto. Significa que no pudiendo estatuir, de antemano, cuál sería la decisión ideal —pero porque la desea—, librase de adoptar fórmula rígida, capaz de comprometer, *in concreto*, la realización del interés que quiere ver protegido. *Precisamente* por eso (porque sólo quiere la solución excelente) la ley impone al administrador, que es aquel que se enfrenta con los casos concretos, el deber de adoptar, ante cada una de estas situaciones, la específica medida —y nada más que ella— adecuada para satisfacer, con exactitud, el objetivo legal.

27. Siendo así, entiéndese por qué la noción de «libertad legal» es muy relativa y por qué su contenido efectivo no se concluye ni se agota tan sólo con el análisis del precepto abstracto de la norma. Tiene que completarse con el examen de la situación concreta, puesto que la propia norma está —implícita, pero indiscutible— referida a la situación real que venga a acaecer en el plano de las realidades empíricas.

En suma, tanto en las hipótesis de vinculación como en las de discrecionalidad, la ley propone *igualmente* un comportamiento que satisfaga de manera «cabal» el interés público señalado en su finalidad. En ambos casos, la sujeción al deber de producir el acto *precisamente adecuado* a la satisfacción del objetivo normativo es idéntica. La diferencia entre los casos de vinculación y discrecionalidad reside en que, en la vinculación, el comportamiento que llevará a la plena satisfacción de la finalidad legal está predeterminado y en la discrecionalidad su definición es posterior, ya que va a depender de las situaciones porque sólo fue establecido en abstracto.

28. Determinado que el deber administrativo impuesto por el Derecho es siempre y siempre el de producir únicamente el acto fundamentalmente ajustado al interés público, infiérese que es ilegítima la conducta administrativa —no obstante, practicada en el ejercicio de competencia discrecional— que no realiza de manera óptima el interés público contrastable *in concreto*, esto es, ante las circunstancias del caso.

Luego el problema del control de la validez de los comportamientos realizados a título de discrecionalidad administrativa conviértese, *en*

gran medida, en un problema de prueba. Queda a cargo de quien impugna el acto demostrar que la decisión tomada no realiza, *in concreto*, *la perfecta satisfacción* del interés tutelado en abstracto por la norma jurídica. Si lo hiciera, el acto tendrá que ser eliminado por el Juez, porque revelado estará su disconformidad con el Derecho.

29. Nótese que, en algunos casos, será posible comprobar que una única decisión —distinta de la que la Administración adoptó— sería la adecuada para realizar la finalidad normativa. En otros casos tal demostración será imposible, pero posible será demostrar que, en todo caso, aquella específica medida adoptada no será la idónea para atender con exactitud la finalidad de la ley. En verdad, muchas veces no se puede saber lo que una cosa es, pero puede saberse lo que no es. Por tanto, en ciertos casos no será posible decir cuál es el comportamiento único obligatorio para atender el interés público, pero será posible decir que aquel comportamiento específico adoptado no es el que lo atiende, conforme bien señala el profesor Afonso RODRIGUES QUEIRO (*ob. cit.*, pág. 79).

No se piense todavía que reducimos el tema de la discrecionalidad a mera problemática de «prueba judicial».

30. Las consideraciones hechas pueden, en un primer punto de vista, sugerir la impresión de que, en última instancia, se está negando entidad lógica sustantiva a la categoría discrecionalidad y admitiendo tan sólo una eventual imposibilidad fáctica de efectuarse la corrección del acto por ausencia de medios efectivos para demostrarse cuál es el comportamiento único admisible. En verdad, el aserto de que el acto practicado con base en competencia discrecional también está sujeto al indeclinable deber de dar en el momento la solución *óptima* —la única que satisfaga excelentemente el interés tutelado por la norma, so pena de invalidez—, unida a la afirmación de que el interesado puede procurar demostrar al juez la incongruencia de esta solución, suscitarán la impresión de que todo el problema de la discrecionalidad ciñese a la fase procesal de la prueba.

No es así, con todo. Quien teoriza sobre el Derecho lo hace a partir de la premisa de la finitud y limitación de la inteligencia humana. Este es un dato insuprimible, preliminar en cualquier raciocinio. Ahora bien, la mente humana simplemente no puede, en todos los casos, saber con certeza cuál es la solución óptima para atender el interés tutelado por la norma, cuando la ley no la predetermina anticipadamente. No puede identificar en todas las hipótesis, con precisión absoluta y visos de certeza lógica inconfundible, la acepción única posible, en el caso concreto, para un concepto indeterminado (tales los de buena fe, probidad incontestable, interés público, etc.). Si pudiese, ahí sí, inexistiría lo que se conoce por discrecionalidad.

31. Así, es forzoso admitir que, en innumerables casos, a consecuencia de esta limitación humana, será *imposible conocer* (y casi *imposible probar*) con exactitud cuál es la decisión posible. QUEIRO (*ob. cit.*, pág. 31) reproduce el pasaje de la lección de BERNATZIK, que aclara per-

fectamente lo que se quiere decir. Señala el citado autor que en ciertas decisiones existe «un límite lejos del cual nunca terceros pueden verificar la exactitud o no exactitud de la conclusión alcanzada. Puede darse que haya terceros de otra opinión, pero no pueden pretender que sólo ellos estén en posesión de la verdad, y que los otros tengan una opinión falsa».

Es ciertamente en esta esfera donde reside verdaderamente la real discrecionalidad. Es esta esfera donde, según entendemos, se constituye en «mérito» del acto administrativo. Es este campo, y sólo éste, el que es infiscalizable por el juez.

32. Así, hay realmente un área *incognoscible*. No es, apenas, una imposibilidad concreta del interesado probar que el acto dejó de realizar lo que cabía esperar de él, sino una imposibilidad lógica (límite a la inteligencia humana) de saber cuál es la decisión posible que satisface completamente, *in casu*, la finalidad de la ley. Es, repítese, en esta esfera donde el agente administrativo ejercita verdaderamente la discrecionalidad; el área en que disfruta de libertad ininvestigable, por haber sido determinado por la norma jurídica para proceder, con su juicio exclusivo, al reconocimiento concreto de la medida ajustada al interés público, y por eso coincidente con el anhelado por la ley. Así, si la decisión tomada se encuentra en la intimidad de este campo, si no lo desborda, el acto no puede ser censurado. Si lo hace, entre tanto, cabe eliminarlo.

33. Entonces, trátase de afirmar la premisa teórica de que no es *necesariamente* invasión de la discrecionalidad la apreciación, por el juez, de la procedencia de un comportamiento administrativo (activo u omisivo) en los casos en que la ley confiere a la Administración la posibilidad de actuar o no actuar, conceder o denegar, optar por este o aquel acto.

Habrá indebida intromisión judicial en la discrecionalidad administrativa si el juez se propusiere imponer su criterio personal a otro criterio, *igualmente admisible y razonable*, adoptado por el administrador. No habrá indebida intromisión judicial en la corrección del acto administrativo si el criterio u opción del administrador hubieren sido *lógicamente insustentables, disparatados, manifiestamente impropios ante el completo de circunstancias reales contenidas*, resultando por eso una elección de decisión divergente de la finalidad a la que el acto debería servir.

34. Sucede que para llegar a tal conclusión, que deberá llevar al juez a abstenerse de eliminar el acto o, por el contrario, a confirmarlo, es indispensable: *a)* que pleitos conteniendo hipótesis de amplia *discrecionalidad normativa* sean admitidos, y *b)* que, ante ellos, el juzgador investigue ampliamente los hechos y que no titubee en controlar la legalidad de estos actos, absteniéndose de asumir —como muchas veces ha ocurrido en Brasil— posición demasiado cautelosa por el temor de invadir la esfera de la discrecionalidad administrativa.

35. En verdad, si el objetivo central del Estado de Derecho es otorgar real protección a los administrados, efectiva tutela a sus derechos, si la manera ineludible de asegurarlos implica rigurosa sumisión de la Administración a la ley, en su letra y en su espíritu, no hay que rehusar al Poder Judicial competencia para una diligente investigación y control de los actos administrativos, cuya práctica pueda tener significado de ofensa a los derechos que se quieren protegidos.

Prof. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO
Titular de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica
de São Paulo (Brasil)

