

Fuero Alvaro Leutomenes P. 101, "Fuerza de Derecho delimita", "Escrits de la Acadèmia", 1997

jubilación de los funcionarios, art. 39.2 LFCE; o de cese en determinados cargos inamovibles, art. 11.3 LOCE, art. 5.º.1.3 LDP, etc.); o como requisito para el disfrute de determinados servicios (prestaciones sanitarias de la Seguridad social, p. ej.).

Otras dos causas tradicionalmente motivadoras de limitaciones a la capacidad de obrar, pero que hoy carecen de toda relevancia formal, son el sexo y las creencias religiosas o ideológicas. El sexo (femenino, por supuesto) constituía hasta no hace demasiado tiempo causa impeditiva para el acceso a buen número de cargos y funciones públicas. Las leyes de 22 de julio de 1961 y de 28 de diciembre de 1966 suprimieron la práctica totalidad de estas limitaciones, proceso que ha cerrado por completo el art. 14 CE, con la interdicción tajante de toda discriminación por razón del sexo. Y algo semejante ha de decirse de las creencias ideológicas y religiosas, motivo tradicional de discriminación que hoy han proscrito los arts. 14 y 16 CE.

Junto a las tres causas antes referidas, en si mismas no cuestionables, nuestro Derecho positivo ha venido estableciendo, a lo largo del tiempo, una larga y lamentable serie de causas limitativas de la capacidad para el acceso a determinadas situaciones administrativas o para la realización de algunas actividades reglamentadas. Nota común a todas ellas es la exigencia de unos estándares de conducta superiores a los impuestos a la generalidad de los ciudadanos, estándares que, para mayor ironía, pueden ser a veces establecidos o apreciados por la propia Administración. En ocasiones, se trata de la atribución de efectos limitativos de la capacidad a situaciones cautelares ciertamente anormales, pero que en si mismas no son reprochables, como el procesamiento penal (que, pese al principio constitucional de presunción de inocencia, puede ocasionar la suspensión provisional de la relación funcional —art. 48 LFCE— e incapacita para contratar con la Administración —art. 9.º.1 LCE—), o la declaración de suspensión de pagos, concurso o quiebra (que determina idéntica incapacidad contractual, art. 9.º. 2 y 4 LCE). En otros casos, las normas prolongan la eficacia de medidas sancionadoras penales o administrativas, atribuyéndoles consecuencias secundarias de incapacidad ajenas por completo a la finalidad represiva de aquellas: así ocurre con la condena penal (que, además de sus efectos propios, impide el acceso a la función pública, la obtención de determinadas autorizaciones, como el permiso de conducción, el pasaporte o la licencia de caza, e incapacita para contratar con la Administración) y, lo que es peor, con las sanciones administrativas (cuya imposición determina en algún caso la incapacidad para contratar con la Administración, como ocurre con algunas sanciones tributarias o de disciplina de mercado, art. 9.º.2 y 3 LCE).

III. LAS SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS

A) Concepto y sistemática general

Las relaciones que el Derecho puede establecer entre las diversas figuras jurídicas subjetivas que hemos analizado pueden contemplarse desde una

perspectiva estática o dinámica. La primera de ellas, que es la que nos corresponde abordar en este momento, comprende el estudio de una serie de conceptos abstractos que aluden a posiciones de poder y deber de los diversos sujetos jurídicos; posiciones que son tradicionalmente conocidas con el nombre de situaciones jurídicas subjetivas. Las más simples y elementales de estas posiciones de poder y de deber, acuñadas por la doctrina del Derecho privado, son las de derecho subjetivo y de obligación. El Derecho público, sin embargo, ha revelado la existencia de un panorama notablemente más rico y complejo: hay diversas *situaciones de poder* distintas del derecho subjetivo y *situaciones de deber* distintas de la obligación, así como *situaciones mixtas* de poder y deber. Y, antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, parece necesario trazar un sencillo cuadro general, que toma como pauta la tripartición indicada.

1) Las situaciones activas o de poder pueden tener, consideradas de la forma más genérica, un doble contenido. En su virtud, su titular ostenta el poder bien de actuar libremente en su propia esfera jurídica, sin obstáculos ni perturbaciones externas (p. ej., usar de un objeto de su propiedad, pasar, pensar lo que se desee), bien de imponer a otro una conducta positiva o negativa, de hacer o de no hacer. El primer supuesto no posee, por lo general, un tratamiento ni una denominación unitaria; para designarlo utilizaremos el apelativo —un tanto equivoco— de *libertad*. El segundo supuesto es de contenido bastante más complejo: la imposición a otro u otros de una conducta puede tener lugar en base a un poder genérico conferido por una norma, en cuyo caso hablamos de *potestad*; o en base a un título específico, el cual, a su vez, puede derivar de una norma, de un contrato o del hecho unilateral de un tercero —en cuyo caso hablamos de *derecho subjetivo*—, o bien de un hecho ilícito dañoso o perjudicial —en cuyo caso hablamos de *interés legítimo o derecho subjetivo reaccional*—.

2) Las situaciones pasivas o de deber pueden tener, igualmente, un doble contenido. En su virtud, su titular puede ser constreñido, bien a soportar la actuación de un tercero, bien a realizar una conducta, positiva o negativa. En el primer caso, la situación se denomina *sujeción*. En el segundo, depende dicha conducta del interés al que dicha conducta ha de satisfacer: cuando dicha conducta es en interés de un tercero, se habla de *obligación*; cuando es en interés del propio titular de la situación, se denomina *cargar*; y cuando es en interés general, se habla de *deber público*.

3) Por último las situaciones mixtas o complejas son de dos tipos, exclusivamente: en unos casos, se trata de situaciones que son, simultáneamente, de poder y de deber, a las que se denomina *poteres funcionales*, poderes-función o, más simplemente, funciones. En otros casos, se trata de conjuntos orgánicos de diversas situaciones de poder y de deber, a los que se conoce tradicionalmente con el nombre de *status*.

Para mayor claridad, he aquí un cuadro sinóptico de todas estas situaciones:

1. Situaciones de poder o activas
 - a) De actuar libremente en la propia esfera jurídica Libertad
 - b) De imponer a otro una conducta.
 - 1) En base a un poder genérico Potestad
 - 2) En base a un título específico.
 - Derivado de una norma, de contrato o del hecho unilateral de un tercero Derecho subjetivo
 - Derivado de un hecho ilícito dañoso Derecho subjetivo reaccional
2. Situaciones de deber o pasivas
 - a) De soportar la actuación de un tercero Sujeción
 - b) De realizar una conducta
 - 1) En interés de un tercero Obligación
 - 2) En interés propio Carga
 - 3) En interés general Deber público
3. Situaciones mixtas o complejas

a) Mezcla de poder y deber	Poderes funcionales
b) Conjunto orgánico de situaciones de poder y deber	Status

El cuadro expuesto posee un alcance meramente sistemático y es, por ello, tan convencional como cualquiera otro de los múltiples que la doctrina ha trazado. Vid., sobre el particular, F. GARRIDO FALLA, *Tratado*..., cit., I, págs. 395 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*..., cit., II, págs. 28 y ss.; J. A. GARCÍA TREVUJANO, *Tratado*..., cit., I, págs. 539 y ss.; J. CASTAÑ TOBENAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, 1963; F. CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1941, págs. 171 y ss.; LATOURNERIE, *Etude sur la classification des diverses situations juridiques*, RDPSP 1933, págs. 352 y ss.; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria della situazione giuridiche soggettive*, 1944; A. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridiche*, Torino, 1952; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.

- B) Las situaciones de poder o activas
 1. La libertad

La situación de libertad, en su sentido estrictamente técnico-jurídico, posee dos vertientes definitorias, positiva y negativa. Positivamente, consiste en la delimitación por la norma de un ámbito funcional o conjunto de actividades inherentes a la personalidad de un sujeto dentro de las cuales este puede actuar sin construcción alguna, realizando acciones materiales o constituyendo, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas. Negativamente, la situación de libertad lleva consigo la prohibición general de inmisión o perturbación de dichas posibilidades de actuación, que el sistema normativo impone a todos los restantes sujetos.

El concepto técnico de libertad como situación jurídica concreta, poco o nada usual en la doctrina, debe ser cuidadosamente diferenciado de otras figuras afines. Es obvio que este concepto no es idéntico al de *libertad* como uno de los «valores superiores del ordenamiento jurídico» (art. 1.º, 1.ª CE) o principio caracterizador de un modo de ser general del sistema político (de «Libertad» con mayúsculas, podríamos hablar en ese caso; situaciones de libertad —con minúscula— existen en todos los sistemas jurídicos, aun en los totalitarios y autoritarios. Es igualmente distinto a los conceptos de *potestad* y de *derecho subjetivo*, cuyo contenido es la posibilidad de imponer a otras determinadas conductas —positivas o negativas—, en tanto que el contenido primario de la situación de libertad es la posibilidad de actuación lícita en la esfera personal, sin condicionar la actividad de los otros (la prohibición de perturbación impuesta a los restantes sujetos es un dato común a todas las situaciones jurídicas, todas las cuales gozan de la garantía de que su ejercicio no puede verse impedido por otro sin título legítimo para ello). Y es también un concepto diverso, aunque parcialmente coincidente, de los de *libertades públicas*, *derechos fundamentales* o *derechos públicos subjetivos* reconocidos constitucionalmente: sólo algunos de éstos pueden ser calificados de situaciones de libertad, en sentido técnico.

La confusión terminológica y conceptual que existe en este último plano es abrumadora, por lo que conviene precisar algunos aspectos. En el orden de la terminología legal, la imprecisión alcanza niveles alarmantes en nuestro texto constitucional, el cual habla de «libertades» a secas (títulos del Título I, Capítulos 2.º y 5.º), de «libertades públicas» (título del Título I, Capítulo 1.º), de «libertades fundamentales» (título del Título I, Capítulo 4.º); y, más aún, de la «libertad» como manifestaciones concretas de estas (libertad como negativo de detención o prisión, arts. 17, 1 y 2; y 25, 2 y 3). Junto a ello la CE habla de «derechos» a secas (título del Título I, Capítulos 2.º y 5.º), de «Derechos fundamentales» (títulos del Título I, del Título I, Capítulo 2.º, Sección 1.ª, y de Título I, Capítulo 4.º) y de «derechos de los ciudadanos» (título del Título I, Capítulo 2.º, Sección 2.ª). Todas estas fórmulas parecen tener un significado equivalente e intercambiable: así, el art. 28, 1 habla del «derecho a sindicarse» y, pocas líneas más abajo, de «libertad sindical»; el art. 20, 1 enumera una serie de «derechos» a los que después (ap. 4) califica genéricamente de «libertades» (y entre ellas se enumera la «libertad de cátedra», ap. 1.ª); y entre

los «derechos de los ciudadanos» a que se refiere el Capítulo 2.º del Título I se menciona la «libertad de empresas».

Técnicamente, pues, la CE parece reducir todas las libertades a la categoría de derechos de derechos subjetivos, se entiende. Con ello, conecta con una larga tradición doctrinal que arranca del jusrrealismo del siglo XVIII, se manifiesta en la Declaración Francesa de 1789 a través de la figura de los «derechos del hombre y del ciudadano» y se tecnifica por la escuela alemana de Derecho público mediante el concepto de «derechos públicos subjetivos» (G. JELLINEK). La reducción de todas las libertades políticas al concepto técnico de derecho subjetivo era comprensible, si se tiene en cuenta que la doctrina jurídica del XIX no conocía otro concepto para designar las posiciones de poder de las personas; pero resultaba, sin embargo, una operación simplificadoras. De ahí las clasificaciones que hubieron de hacerse dentro de la categoría, como la muy conocida de G. JELLINEK (según que los derechos correspondieran al *status libertatis*, al *status civilis* o al *status activae civitatis*) o la mucho más reciente de G. BURDEAU en *derechos-autonomía* (o derechos inherentes al libre desenvolvimiento de la personalidad humana), *derechos-participación* (de participación política y social) y *derechos-prestación* (o derechos económicos y sociales).

Pues bien, es evidente que no todas las libertades públicas o derechos fundamentales son reconducibles al concepto técnico de derecho subjetivo, si es que se quiere que éste posea un significado preciso. No lo son, ciertamente, la mayor parte de los derechos económicos y sociales, meras normas directivas que vinculan al legislador, pero cuyo contenido no puede ser exigido individualmente mediante una acción judicial (art. 53.3 CE). Y tampoco lo son la mayor parte de los derechos-autonomía, que se ajustan mucho mejor al concepto o situación jurídica de libertad de la que se habla en este epígrafe. Lo que ocurre es que la experiencia histórica ha conducido a hipervalorar el aspecto negativo sobre el positivo, el aspecto de la garantía sobre el contenido sustancial de la situación, con lo que han terminado por adquirir una apariencia semejante a los derechos subjetivos: se trataría, en una expresión al uso, de «derechos a prohibir» la inmisión del Estado, derechos a reclamar la abstención estatal; lo cual es erróneo desde el punto de vista técnico, pero también inconveniente desde la perspectiva de la integridad del derecho, por dos razones: primera, porque hace olvidar que la libertad es una situación de poder inmanente frente a todos, y no sólo frente a los poderes públicos; y segunda, porque minusvalora el contenido material de la libertad, reduciéndolo a su mera garantía exterior (lo que, a fin de cuentas, es tan absurdo como definir a un inglés como un ser con gabardina y paraguas), lo que posibilita las intervenciones administrativas sobre las facultades integrantes de dicho contenido material sin amparo legal alguno.

Las situaciones jurídicas de libertad existen tanto en el ámbito del Derecho público como del Derecho privado. Típica de este último es la denominada autonomía de la voluntad, o la libertad contractual: incluso el derecho de propiedad, paradigma de los derechos subjetivos, encuentra una caracterización teórica mucho más ajustada como una situación de libertad (como lo demuestra la larga y tediosa polémica sobre la distinción sobre derechos reales y de crédito).

2. La potestad

a) Concepto y caracteres

Si del campo de los sujetos privados pasamos al de las Administraciones públicas, observamos que la construcción del cuadro de situaciones de poder de éstas ha experimentado vicisitudes semejantes. Hasta bien entrado el siglo XX, dichas situaciones se resumían en la figura del derecho subjetivo, calificándose los poderes de la Administración bien como «derechos de supremacía» (*Hohheitsrechte*, fórmula tradicional del Derecho público alemán que aun empleó Otto MAYER), bien, más simplemente, como «derechos de las Administraciones públicas» (así, M. HAURIOU). Y es un mérito indiscutible de la doctrina italiana haber individualizado, dentro del tronco común de la figura del derecho subjetivo, el concepto de poder o potestad: fue Santi ROMANO, en la edición de 1926 de su *Corso di diritto costituzionale*, quien acuña este concepto, luego aceptado de forma prácticamente unánime por toda la doctrina.

Por potestad se entiende, en términos generales, aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente. Sin embargo, una caracterización más clara y precisa sólo se consigue mediante una confrontación dialéctica de sus notas distintivas con las del derecho subjetivo, que puede efectuarse en la siguiente forma:

— La potestad tiene su origen siempre en una norma jurídica, que la atribuye al sujeto titular de ella: el derecho subjetivo emana normalmente, en cambio, de una relación jurídica concreta (p. ej., un contrato), aunque también puede ser otorgado directamente por una norma (p. ej., los derechos fundamentales) e incluso creado por el ejercicio de una potestad.

— El derecho subjetivo posee un objeto específico, concreto y determinado, siendo su contenido la realización de una conducta igualmente específica y concreta que es exigible a uno o varios sujetos pasivos (p. ej., el pago del precio por el comprador de la cosa). La potestad, en cambio, posee un objeto genérico, no determinado *a priori*, un ámbito de actuación, consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o un colectivo de sujetos (p. ej., la potestad de expropiar los bienes de cualesquiera particulares).

— Frente al derecho subjetivo existe siempre, pues, y como correlato lógico del mismo, una obligación o deber de comportamiento —activo u omisivo— que incumbe a un sujeto. Frente a la potestad existe, en cambio, una mera situación de sujeción, esto es, un deber pasivo de soportar en la propia esfera jurídica el ejercicio legítimo de la potestad: de la potestad no emanan, pues, obligaciones concretas, que sólo nacerán como consecuencia

del ejercicio de la misma y de las relaciones jurídicas que dicho ejercicio establezca (p. ej., frente a la potestad tributaria, en abstracto, no existe obligación alguna, que sólo surge cuando dicha potestad se ejerce, creando una figura impositiva y determinando los sujetos obligados a su pago).

— El derecho subjetivo consiste en una posición de poder que se dirige a la satisfacción de un interés de su propio titular; por ello mismo, su contenido es libremente modificable por el titular, e incluso renunciable (p. ej., condonación de una deuda). La potestad, en cambio, es un poder fiduciario, es decir, un poder cuyo beneficiario es una persona distinta a su titular, y que se confiere a éste para la protección de los intereses de terceros (en el caso de las potestades administrativas, los intereses generales, a los cuales «sirve» la Administración, art. 103.1 CE); es por ello que las potestades son irrenunciables (así, art. 4.º LPA) y su contenido inmodificable por la voluntad de su titular (en cuanto se halla definido en una norma sobre la que éste carece de poder).

— El derecho subjetivo es, por naturaleza, transmisible a terceros, salvo los de carácter personalísimo. La potestad, por el contrario, es inalienable por su titular mediante actos singulares (si bien la Administración puede promover una modificación de la norma que atribuyó la potestad, de modo que ésta se atribuya en lo sucesivo a otro sujeto; pero tal operación no es calificable de enagenación, sino de reatribución), aunque, en determinadas condiciones, pueda cederse su mero ejercicio (vid. *infra*).

— El derecho subjetivo es normalmente susceptible de prescripción adquisitiva y extintiva. Las potestades, en cambio, no pueden adquirirse por prescripción (sólo por atribución normativa), ni tampoco extinguirse por el mismo procedimiento, aunque sí puede prescribir o incurrir en caducidad su posibilidad de ejercicio en casos concretos (p. ej., prescripción de las infracciones administrativas; imposibilidad de revisión de oficio de los actos anulables una vez transcurridos cuatro años desde que fueron dictados, art. 110.2 LPA).

Sobre la figura de la potestad, en general, vid. S. ROMANO, *Poderes, potestades*, en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp., Buenos Aires, 1964, págs. 297 y ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, en *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, I, págs. 289 y ss.; INVREA, *Diritti e potestà*, Rivista di diritto commerciale, 1932, I, págs. 146 y ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, cit., págs. 255 y ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, págs. 500 y ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso...*, cit., I, págs. 418 y ss.

b) Los diferentes tipos de potestades

Como cualesquiera otro concepto jurídico complejo, la potestad es susceptible de tantas clasificaciones cuantos elementos cabe distinguir en la misma. Las más usuales son las siguientes.

a) **Por razón de su titular**, cabe distinguir entre *potestades públicas* y *privadas*. En principio, las potestades, en cuanto poderes autoritarios de

intervención en la esfera jurídica de terceros, son normalmente de titularidad pública: el sentido de la evolución del Derecho público en Europa ha sido, precisamente, el de una progresiva monopolización por los entes públicos de los poderes de autoridad, como vimos en un capítulo anterior. Restan aun, sin embargo, algunas potestades en manos privadas: la mayor parte de ellas son inherentes a la posición de mando que determinadas personas ostentan en el seno de organizaciones privadas (como la patria potestad y las potestades estatutaria, organizatoria y disciplinaria en las asociaciones, sociedades y fundaciones), pero ha de anotarse también el singular fenómeno de la potestad normativa inherente a la negociación colectiva laboral.

Las potestades públicas son, como es lógico, mucho más numerosas. Algunas de ellas —sin duda, las más importantes desde el punto de vista cualitativo— no corresponden a la Administración, sino a otros poderes públicos, como la potestad legislativa (art. 66.2 CE), la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), la potestad tributaria originaria (art. 133.1 CE) y la potestad de control de constitucionalidad de las leyes (art. 161.1 CE). La Administración es titular, no obstante, del mayor número de potestades, que son, además, las más energicas e incisivas; el estudio de las mismas es el objeto de todo el Derecho público, por lo que toda enumeración resultaría inevitablemente incompleta. Entre ellas, y como más notables, cabe mencionar la potestad reglamentaria: la potestad organizatoria; la potestad tributaria y presupuestaria (en los entes locales; en el Estado y las Comunidades Autónomas, dicha potestad está reservada a sus respectivos órganos legislativos); la potestad reglamentaria: la potestad organizatoria; la potestad tributaria y declarativa y ejecutiva; la potestad sancionadora y disciplinaria; la potestad de resolución de recursos y de revisión de oficio; la potestad de policía, y las potestades de protección de los bienes públicos (vid. una relación en el art. 4.º LBRU, y en algunos Estatutos de Autonomía; así, art. 34 ECant; art. 30 ERJ; art. 39 ECan; art. 40 ECan; art. 50 EExt; art. 37 EMad).

a) **Por razón de su forma de atribución**, las potestades pueden clasificarse de diversos modos, en función de su singularidad respecto de la que podría considerarse como forma normal de atribución, que puede definirse por tres caracteres: *heteroatribución* (la potestad es atribuida por una norma cuyo autor es un sujeto distinto a su titular), *atribución expresa* (la potestad debe ser explícita e inequívocamente otorgada por una norma) y *atribución específica* (la potestad debe consistir en un poder concreto y determinado o, lo que es lo mismo, limitado y tasado). Pues bien, estos tres caracteres se rompen en otros tantos supuestos problemáticos:

— Así, en primer lugar, junto a las potestades heteroatribuidas se da el fenómeno de las potestades autoatribuidas, esto es, creadas y otorgadas por el mismo ente destinatario de ellas; un fenómeno común en el campo de las potestades administrativas, muchas de las cuales son creadas y conferidas no por la ley, sino mediante normas reglamentarias. Como se ha señalado, «es

esta una función absolutamente normal de los reglamentos y también por ello mismo uno de sus riesgos más notorios, pues a través de este instrumento normativo la Administración puede autoatribuirse potestades nuevas y más intensas, autohabilitarse para una acción cada vez más absorbente y compleja» (E. GARCIA DE ENTERRIA-T. R. FERNANDEZ). Por supuesto, esta posibilidad se encuentra estrictamente limitada por el juego de los principios de legalidad y de reserva de ley: la Administración no puede, mediante reglamentos, autoatribuirse potestades que incidan en materias reservadas a la ley o que supongan una limitación o ablación de la libertad o, más genéricamente, de las posiciones jurídicas de los sujetos privados.

— En segundo lugar, junto a las potestades expresas ha de considerarse el supuesto de las potestades implícitas o inherentes, esto es, las que, sin constar de manera explícita en la norma de atribución, pueden deducirse racionalmente de la misma mediante una interpretación sistemática o finalista que tienda a conferirle coherencia. Se trata de un fenómeno enteramente natural en el proceso de interpretación normativa: la norma diseña un marco de regulación que ha de suponerse coherente y completo, de donde ha de concluirse que atribuye todas las potestades necesarias —y sólo ellas— para que la finalidad reguladora pueda cumplirse enteramente (p. ej., si una norma atribuye a la Administración la potestad de vigilar la calidad de los vertidos industriales en los cauces públicos, ha de estimarse que también le atribuye —aunque no lo diga— la potestad de instalar instrumentos de medida y análisis en los desagües de las respectivas fábricas). Sin embargo, esto no debe hacer olvidar que el fenómeno de atribución implícita de potestades es un portillo peligroso, que puede posibilitar la creación artificial y no querida por el legislador de poderes ablativos de la libertad de los particulares y que, por lo mismo, debe contemplarse restrictivamente.

La figura de las potestades o poderes implícitos (*implied powers*) tuvo su origen en el proceso de construcción del sistema federal norteamericano, como una forma de sumar nuevos poderes a los exigidos que a la Federación otorgaba el texto constitucional de 1787 y que, en una interpretación literal de la misma, habrían de ser atribuidos a los Estados miembros (proceso que se inicia con la célebre Sentencia *McCulloch v. Maryland*, de 1819). De la práctica americana pasó a la jurisprudencia de los Tribunales internacionales, con el fin de legitimar la ampliación de competencias de las organizaciones supranacionales, contra el principio tradicional de que las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen (así, los dictámenes del Tribunal Internacional de Justicia de 11 de abril de 1948, sobre indemnización de los daños sufridos por el personal al servicio de las Naciones Unidas, y de 20 de julio de 1962, sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas; el TJCE ha hecho uso también de esta doctrina para ampliar las competencias de la CECA; Sentencias de 29 de noviembre de 1956, Federación del Carbon Belga/Alta Autoridad, y de 15 de julio de 1960, Gobierno de la República italiana/Alta Autoridad).

— Y, en tercer lugar, junto a las potestades específicas han de analizarse las potestades genéricas o cláusulas generales de competencia. Por lo normal, y como ya señalamos, la atribución de potestades por la norma ha de efectuarse de modo tasado y concreto, especificando con el mayor grado de

detalle posible los poderes o facultades en que consiste. Una exigencia ésta de carácter político, insoluble con la esencia misma del régimen constitucional: siendo la libertad del individuo el patrón básico de la convivencia civil, las potestades administrativas de intervención en la misma no pueden ser sino excepciones que, por ello, han de definirse con entero rigor. No es infrecuente, sin embargo, en nuestro Derecho positivo —lo que es una amarga herencia de nuestra tradición política autoritaria— que determinadas normas atribuyan a la Administración potestades genéricas de actuación mediante la descripción vaga e imprecisa de los fines a conseguir con ellas, de los supuestos de hecho que autorizan para su empleo y de los medios o medidas en que consisten.

Estas cláusulas generales son de muy diversa naturaleza, lo que impide un examen detallado de las mismas. En todo caso, su tratamiento deberá atender a las siguientes reglas:

Primera, que no existen más cláusulas generales de apoderamiento que las expresamente contenidas en textos legales. No es admisible, pues, la existencia de cláusulas generales implícitas, basadas en una supuesta «naturalidad de las cosas» o en unos pretendidos poderes «normales» o «naturales» de la Administración. Ello sería quizá defendible en el Estado absoluto, pero no en un régimen constitucional, en el que lo único «natural» es la libertad de los ciudadanos y el carácter excepcional, expreso y tasado de las potestades públicas de intervención sobre ella.

Esta advertencia no es ociosa habida cuenta de la creencia, muy extendida entre nosotros, acerca de la existencia de una presunta cláusula o poder general de policía, que habilitaría para la adopción de cualquier tipo de medidas limitativas para prevenir los riesgos que la libertad privada pudiera ocasionar al orden público, sin necesidad de apoyarse en norma legal habilitante alguna. Dicho poder general es mero trasunto del *ius polliciae* del Estado absoluto, mantenido hasta la segunda guerra mundial en Alemania a través de la figura de un «apoderamiento general para la defensa contra los peligros» (*Generalemächtigung zur Gefährdungwehr*), y que tuvo un lógico éxito en España al conectar con un entorno autoritario profundamente arraigado, pero cuya defensa es hoy jurídicamente insostenible. Una idea que ha tenido, además, plasmaciones normativas concretas, como la llamada «cláusula general de orden público» (art. 2.º LOP) y la menos conocida del art. 1.º, 1.º RS («los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1. En el ejercicio de la función, cuando existe perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas»). Sobre ello, vid. las concluyentes páginas de E. GARCIA DE ENTERRIA-T. R. FERNANDEZ, *Curso...* cit., II, págs. 61 a 63 y 101 a 103, y de E. GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, REDA 5 (1975), págs. 203 y ss.

Segunda, que dichas cláusulas, cuando vienen consagradas normativamente, son, por regla general, inconstitucionales, al infringir el principio superior de libertad que inspira todo nuestro sistema jurídico (art. 1.º, 1.º CE) y, más concretamente, las reglas de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.º, 3.º CE). Únicamente resultan admisibles aquellas cláusulas en las que no resulta posible o conveniente un

grado de precisión superior al normal en la definición de los términos del apoderamiento, habida cuenta de la gravedad o indeterminación de los supuestos a que se refiere.

Así ocurre con las cláusulas de apoderamiento para situaciones excepcionales o de calamidad pública, hoy definidas en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio; y, de forma más amplia, en el art. 21.1.1.ª) LBRU que, reproduciendo un precepto tradicional de nuestro Derecho local, atribuye al Alcalde la potestad de «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas».

Y *terceramente*, que estas cláusulas, en los supuestos en que son admisibles, no pueden interpretarse en ningún caso como atributivas de potestades enteramente discrecionales (concepto al que nos referiremos de inmediato) a la autoridad administrativa. Por más que ésta haya sido, en muchos casos, la intención auténtica de sus redactores, hoy no pueden interpretarse más que como cláusulas imprecisas, constituidas las más de las veces por conceptos jurídicos indeterminados (vid. también, *infra*) cuya apreciación no corresponde en exclusiva al órgano titular de la potestad. Las medidas que pueden adoptarse en virtud de las mismas son enteramente controlables en vía jurisdiccional, que puede fiscalizar la efectiva concurrencia de los supuestos de hecho que legitiman para el ejercicio de estas potestades, así como el ajuste de las medidas a principios jurídicos elementales, como los de igualdad, proporcionalidad, adecuación al fin y *favor libertatis* (vid., en tal sentido, los arts. 2.º, 4.º y 6.º RS).

— Y, en cuarto y último lugar, las potestades pueden clasificarse, en base a su forma de atribución, en potestades regladas y discrecionales. Se trata de una clasificación esencial que, por su amplia problemática, exige un examen por separado.

c) Potestades regladas y discrecionales

El tema de la potestad discrecional es, pese a su apariencia secundaria, una de las cuestiones centrales de todo el Derecho público: un tema testigo que pone de manifiesto, mejor quizá que cualquier otro, la tensión permanente entre el Poder y el Derecho, entre la tendencia irrefrenable del político a la subjetividad y a la actuación sin trabas y la objetividad de la ley. Un tema, por otra parte, polémico, en el que la técnica y la política entran en conflicto frontal, haciendo valer cada una sus razones: bien podría decirse que la evolución de la idea de discrecionalidad administrativa y de los sucesivos intentos de la ciencia del Derecho por limitarla y someterla a control jurisdiccional constituye el núcleo de la historia del Derecho público europeo desde la Revolución francesa. Es por ello que si, desde el punto de vista técnico, el concepto de potestad discrecional no plantea una especial dificultad (1), ofrece en la práctica una acusada ambivalencia y tendencia expansiva que arrastra a un primer plano la cuestión de las técnicas para su control (2).

1) Conceptualmente, en efecto, la delimitación de lo discrecional no ofrece dificultad alguna. Al atribuir una potestad, la ley puede fijar de manera total y absoluta todas sus condiciones de ejercicio, de tal manera que su empleo se verifique en un proceso prácticamente automático; o bien puede hacerlo de modo parcial, fijando alguna de dichas condiciones y remitiendo la determinación de las restantes a la apreciación subjetiva, caso por caso, del órgano titular de la potestad: en el primer caso se dice que la potestad es reglada; en el segundo, que es discrecional.

Esta sencilla definición debe ser, no obstante, perfilada en cuanto afecta a la naturaleza de la potestad discrecional.

— En primer lugar, la discrecionalidad no es una característica que pueda globalmente predicarse de una potestad, sino de alguno de sus elementos o condiciones de ejercicio: no hay potestades íntegramente discrecionales, sino potestades algunos de cuyos elementos son discrecionales. En definitiva, la remisión que la norma efectúa a la apreciación subjetiva del órgano titular de la potestad es siempre parcial: en toda potestad de las llamadas discrecionales hay elementos que lo son, efectivamente, y otros, en cambio, que son reglados. Son siempre elementos reglados de toda potestad el hecho de su existencia misma (esto es, si la potestad ha sido atribuida por la norma, o no), el supuesto fáctico que legitima para su empleo (esto es, los casos y condiciones bajo las que puede ser utilizada), la competencia (esto es, la determinación del órgano u órganos a que se atribuye) y el fin de la potestad (es decir, la finalidad concreta que el uso de la potestad debe perseguir). Por supuesto, en cada potestad singular existen siempre otros elementos reglados (o reglados en parte) además de los cuatro que acaban de mencionarse, los cuales son el *minimum* para que cualquier atribución de potestad pueda entenderse efectivamente hecha.

— En segundo lugar, la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente. Este matiz no es una sutileza superficial: al contrario de lo que acaece con los sujetos privados, a los que la ley no hace sino restringir una situación de libertad originaria y expansiva (*permisum quod non prohibitur*), la Administración carece *per se* de libertad para actuar autoritariamente, limitando las esferas jurídicas de los particulares: no hay aquí libertad, sino estrictamente los poderes que la ley le confiera (*quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur*). Por ello, la discrecionalidad no puede entenderse, como era frecuente antaño, como la consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencio hacía entrar en juego la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión deliberada: la Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere.

— En tercer lugar, la discrecionalidad, en cuanto decisión consciente del legislador, no puede ser confundida, bajo ningún concepto, con la mayor o

menor indeterminación de los conceptos jurídicos. Todos los conceptos utilizados por las normas son, en mayor o menor grado, imprecisos, hasta los aparentemente más simples (¿qué significa «día»?; ¿desde las cero horas hasta veinticuatro horas después?; ¿las horas de luz solar de una jornada?; ¿el periodo de veinticuatro horas, contado desde un momento cualquiera?; ¿son días, jurídicamente hablando, los festivos?); pero, en ocasiones, las normas utilizan deliberadamente conceptos vagos, bien sean de experiencia social (p. ej., buena conducta, tranquilidad, temeridad, legítima defensa, intimidación) o éticos (p. ej., buena fe, causa lícita, justo precio). Pues bien, ha sido habitual en la doctrina equiparar la discrecionalidad al empleo de estos conceptos indeterminados: o, lo que es igual, afirmar que cuando la ley utiliza una de estas nociones imprecisas, la constatación de su concurrencia en cada caso concreto corresponde en exclusiva a la Administración, cuya valoración no podría ser revisada ni sustituida por la de los particulares ni por la de un órgano jurisdiccional. Sólo recientemente se ha puesto fin a este colosal equivoco que, de perdurar, haría imposible todo control judicial de la Administración: hoy, doctrina y jurisprudencia son unánimes en reconocer que discrecionalidad y conceptos indeterminados son hechos diversos; y que, si bien la Administración puede efectuar una determinación inicial de la concurrencia o no del concepto, esta apreciación puede ser revisada y sustituida por la de un juez o Tribunal (y ello, aun reconociendo un cierto margen de confianza a la apreciación administrativa por su presunta imparcialidad, conocimiento directo de los hechos y competencia técnica).

Sobre esta cuestión, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso... cit.*, I, págs. 433 y ss.; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; M. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, RAP 54 (1967), págs. 197 y ss. En la doctrina alemana, O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, JZ 1955, págs. 97 y ss.; D. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechts-theoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, AöR 82 (1957), págs. 163 y ss.; H. EHMKE, «Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» in *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1960; F. OSSENBÜHL, *Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff*, DöV 1970, págs. 84 y ss.; K. JAROSCH, *Die Funktion des unbestimmter Gesetzesbegriff*, DöV 1974, págs. 123 y ss.; para un planteamiento del problema de los conceptos indeterminados desde la perspectiva de la teoría general del Decreto, vid. el libro colectivo de Ch. PERELMAN / R. VAN DER ELST (eds.), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.

— Y en cuarto lugar, la discrecionalidad supone la creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa: en los supuestos remitidos a su decisión, la Administración puede elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas (p. ej., el Presidente del Gobierno posee potestad discrecional para nombrar a sus Ministros: desde el punto de vista jurídico, pues, es indiferente que nombre a A, a B o a C). Sin embargo, esta indiferencia no es total, sino, como se ha dicho, relativa: la decisión que se adopte deberá respetar en todo caso los principios constitucionales básicos que condicionan la actuación administrativa y los propios principios generales del Derecho, como lo exige el

«sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» que la CE impone a las Administraciones públicas (art. 103.1) (p. ej., aunque el sistema normativo no imponga requisito alguno para el nombramiento de los Ministros, es evidente que el nombramiento de un niño de seis años como Ministro de Asuntos Exteriores supondría una infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).

La bibliografía sobre la discrecionalidad ofrece problemas casi insolubles de selección. En la doctrina francesa, vid. L. MICHOU, *Études sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Grenoble, 1913 y 1914; R. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, RDPSP 1923, págs. 363 y ss.; M. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, RDPSP 1930, págs. 197 y ss.; M. HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, 1958; C. J. HAMSON, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'Administration*, Paris, trad. francesa, 1958; M. FROMONT, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français*, Fests. H. Jahreis, págs. 261 y ss.; V. MERIKOSKI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, Bruxelles, 1958; A. DE LAUBADERE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente de Conseil d'Etat français*, MéL. Waline, págs. 531 y ss.; y la obra colectiva patrocinada por el Institut français de Sciences Administratives, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, 1978; L. DI OUALI, *La compétence liée*, Paris, 1965; en la italiana, G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, en sus *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, págs. 203 y ss.; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; V. SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della pubblica amministrazione*, RTDP 1960, págs. 879 y ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, EAD XIII, Milano, 1964, págs. 65 y ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; y, en la alemana, además de las obras clásicas de R. von LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig, 1910, y de F. TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Leipzig, 1924, vid., entre la doctrina más reciente, además de los trabajos sobre los conceptos jurídicos indeterminados cit. supra, los de F. OSSENBÜHL, *Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre*, DöV 1968, págs. 618 y ss.; M. ZULEEG, *Ermessensfreiheit des Verordnungsgebers*, DVBL 1970, págs. 157 y ss.; O. BACHOF, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, NJW 1974, págs. 769 y ss.; La doctrina española no es menos abundante: deben destacarse, además del libro de F. SAINZ MORENO, cit. supra, J. L. GONZÁLEZ BERENGUER, *Materia contentiosa y fiscalización de la discrecionalidad administrativa*, RAP 37 (1962), págs. 157 y ss.; M. PEREZ OLEA, *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*, REV. 173 (1972), págs. 41 y ss.; A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Madrid, 1985. La posición más extendida, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso... cit.*, I, págs. 429 y ss.

2) El tratamiento jurídico de la discrecionalidad ha de ser elaborado con un equilibrio. Equilibrio conceptual, en primer término, en cuanto que los conceptos de potestad reglada y discrecional son eminentemente relativos: ninguna potestad discrecional es enteramente reglada ni enteramente discrecional. Y así como en la potestad discrecional hay siempre elementos reglados, como hemos visto, es difícil imaginar una potestad reglada carente por completo de factores discretionales. Y equilibrio valorativo, sobre todo, que evite un planteamiento maniqueo en el que lo reglado constituya un óptimo, y lo discrecional aparezca como la encarnación del mal absoluto. La

discrecionalidad es un elemento estructural, constitutivo e indispensable del gobierno y la política: es imposible reducir la actividad pública a un conjunto de decisiones perfectamente regladas y previsibles; pero si ello fuera factible, nos hallaríamos ante una utopía bien poco atractiva. Una sociedad democrática, abierta y no regimentada, requiere de una cierta capacidad decisoria y; conformadora de la Administración. El poder es Derecho, pero es también innovación, decisión y creatividad; y, por supuesto, responsabilidad y control.

Este necesario equilibrio es consecuencia del hecho de que las relaciones entre el poder público, como fuerza pura de dominación, y su sometimiento al Derecho no han encontrado todavía, en nuestro marco cultural, un punto de estabilidad. Como vimos en un capítulo anterior, la evolución de las estructuras políticas en Europa es la historia de una constante reconstrucción y fortalecimiento del poder público. Y es en el momento en que dicho poder alcanza un grado mayor de concentración, al final de la etapa absolutista, cuando dicho proceso experimenta una compleja modulación. El ascenso al poder de la burguesía entraña dos consecuencias: la primera de ellas, la más ostentosa y polémica, que el poder habría de ser, en lo sucesivo, compartido, dividido y sometido a control político. La segunda consecuencia era, sin embargo, mucho más sutil: la ideología liberal tenía como uno de sus puntos fundamentales la soberanía de la ley, la obligación de todos los órganos del Estado de atenerse a sus mandatos; en definitiva, la jurdificación del aparato estatal. Y el propio dogma de la soberanía de la ley exigía, por coherencia, la aceptación de que algún órgano (o serie de órganos) estatal controlara el ajuste de la actividad estatal a los preceptos legales. A un control político, pues, se sumaba un control jurídico.

No se puede ignorar que todo este magno intento de sujetar y controlar un poder cada vez más fuerte tiene mucho de hercúleo, cuando no de utópico. No era lógico pensar que un poder político cuyo único norte a lo largo de mil trescientos años había sido una dinámica de fortalecimiento, se dejara encadenar dócilmente. Es comarcal al poder la tendencia a actuar sin trabas, tendencia tanto más intensa cuanto más fuerte es el poder. El proceso al que hemos asistido, desde la Revolución Francesa, es justamente el de los constantes intentos del poder por sacudirse, entorpecer o eludir los controles políticos y jurídicos que la ideología liberal trajo consigo (y no por ninguna suerte de maldad intrínseca: los controles no hacen sino entorpecer una labor de gobierno cada día más compleja y ardua). La liberación del control político ha revestido, en ocasiones, formas drásticas y traumáticas (reacciones absolutistas de la primera mitad del XIX; regímenes autoritarios, de derechas e izquierdas, en el siglo XX); en otros casos, ha utilizado técnicas más elaboradas dentro del sistema (protestas parlamentarias, decretos-leyes y delegación legislativa, limitaciones a la potestad presupuestaria del Parlamento, parlamentarismo «racionalizado», neopresidencialismo, etc.).

En el caso de los controles jurídicos, el fenómeno se ha desarrollado de manera diversa. Al comienzo del proceso, dichos controles prácticamente no existen, o sólo de forma muy limitada: el Estado acepta que se sometan a revisión contentiosa los actos típicos de tráfico patrimonial (esto es, aquellos idénticos a los realizados por los sujetos privados, como los contratos). Llamados actos de gestión, pero no los actos de imperio o de contenido autoritario; y, además, esta revisión contentiosa se confía no a los jueces ordinarios, sino a órganos de la propia Administración, que actúan con formas y procedimientos semejantes a los judiciales. Este sistema, que dejaba fuera de todo control la mayor parte de la actividad administrativa, calificada por ello de discrecional, vino a evolucionar de manera inspeccionada, entrando paulatinamente a fiscalizarla, no con el fin de incrementar el nivel de garantías de los ciudadanos, sino para asegurar el correcto funcionamiento del aparato administrativo. Tal es la historia del recurso por exceso de poder, desarrollado en el seno del contencioso francés, que en poco más de un siglo ha terminado de romper ese tradicional ámbito de inmunidad que eran los actos discrecionales. Lo cual ha ocurrido de

dos formas: sometiendo a control, en primer lugar, todos y cada uno de los elementos reglados de los actos discrecionales (la competencia, el procedimiento, el fin, el supuesto de hecho); y entrando en el reducido sagrado de la decisión discrecional para imponer su ajuste a los principios generales del Derecho. Un proceso apasionante, no exento de retrocesos y dificultades, en el que, sin explosiones revolucionarias, mediante una labor tan modesta y oscura como tenaz y efectiva, la técnica jurídica ha terminado por reducir la discrecionalidad a sus confines naturales y aun por someter las decisiones políticas al imperio de los principios del Derecho. La conversión de un dogma ético y grandilocuente como la soberanía de la ley en realidad diaria se ha podido electuar mediante esta serie de controles de insignificante apariencia, pero cuya temible virtualidad se pone de relieve en los esfuerzos que constantemente despliega el poder por obviarlos o eliminarlos: unos controles tan simples y naturales que pueden hacer olvidar que su gestación debe contarse entre las páginas más brillantes y ejemplares escritas por el hombre europeo en su lucha por la libertad.

Como ya ha quedado expuesto, el control de las potestades discrecionales tiene lugar en tres planos.

— En primer lugar, a través del control judicial de los elementos reglados que, junto con los discrecionales, integran la potestad. Un acto de contenido discrecional puede ser anulado si se dicta sin amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es el habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia), o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad (p. ej., expropiación de terrenos para construir una vivienda privada de un concejal), o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad (p. ej., sanción urbanística de confiscación de una edificación ilegal, siendo así que sólo puede imponerse una multa y la demolición de lo construido), o infringiendo las reglas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad (p. ej., aprobar una Ordenanza municipal sin previa información pública), o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó (vicio este conocido con el nombre de desviación de poder —art. 83.2 LCA—, cuyo examen se hará en un capítulo posterior). Por supuesto, la enumeración anterior es meramente ejemplificativa: el número de elementos reglados varía en el diseño normativo de cada potestad, de acuerdo con el grado de detalle de la norma que la atribuya: todos ellos pueden ser, claro está, revisados en cuanto a su ajuste a la legalidad, en vía de recurso administrativo o jurisdiccional.

— En segundo lugar, el control de los hechos determinantes, esto es, de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad.

Esta técnica requiere una explicación. En todo proceso judicial se lleva a cabo, como vimos en un capítulo anterior, una doble operación: de una parte, se fijan y describen los hechos acaecidos, que las partes deben alegar y probar; de otra, se aplican a estos hechos las normas jurídicas para extraer una consecuencia, que se plasma en el fallo de la Sentencia. La fijación de los hechos es, pues, algo que debe hacerse en el seno del proceso. Los hechos que las partes aleguen carecen de valor si no se acreditan cumplidamente en el curso del proceso. Hay, sin embargo, algunos tipos de procesos en los que no tiene lugar esta labor, dándose por sentados definitivamente los hechos declarados en un proceso

anterior: así ocurre en el llamado recurso de casación, en el que el Tribunal se limita a comprobar la aplicación e interpretación del Derecho, teniendo como inamovible la descripción de hechos realizada en la precedente instancia judicial.

Pues bien: por razones que se explicitarán en un capítulo posterior, el proceso contencioso-administrativo se ha venido calificando tradicionalmente como un *proceso revisor*. Digamos brevemente, adelantando ideas posteriores, que ello significaba, en sustancia, que el proceso contencioso es un proceso impugnatorio de un acto de la Administración: esto es, que el proceso no podía entablarse antes de que la Administración hubiera dictado un acto resolviendo *prima facie* la cuestión litigiosa, acto que constituía el objeto del proceso y que llevaba a cabo, claro está, una fijación de los hechos acaecidos y la aplicación a los mismos del Derecho. De esta similitud puramente formal se llegó a la calificación, más o menos explícita, del proceso contencioso como una casación: en aquel se revisa la legalidad de un acto administrativo, del mismo modo que en la casación se revisa la legalidad de una Sentencia. La conclusión: del mismo modo que en la casación son intangibles los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida, deben serlo igualmente en el proceso contencioso los declarados por la Administración en el acto administrativo previo. Y el resultado: la fijación de los hechos en que había de basarse el uso de una potestad venía a constituir un ámbito discrecional, puesto que tal fijación no podía revisarse ni rectificarse en el proceso contencioso.

Hay que precisar de inmediato, no obstante, que esta equiparación entre proceso contencioso y casación nunca ha sido clara ni absoluta, como lo demuestra el que las regulaciones de aquel siempre han permitido practicar la prueba de hechos en el *iter* del proceso (lo que significa que, si se pueden realizar pruebas, se puede a través de ellas contradecir y desvirtuar la fijación de hechos realizada en el acto administrativo impugnado). Se trata, más bien, de una asimilación inconsciente y aproximativa, que empujaba institutivamente a los Tribunales contenciosos a dar un plusvalor de credibilidad a la descripción de hechos realizada por la Administración y a utilizar muy restrictivamente las posibilidades de práctica de prueba que la regulación legal del proceso les otorgaba.

En la actualidad, esta perspectiva tradicional resulta absolutamente insoportable: la vigente LJCA la descalifica explícitamente, al recordar en su Exposición de Motivos que «la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero *sin que ello signifique que sea impertinente la prueba*». En definitiva, la fijación de los hechos determinantes para el ejercicio de la potestad no es algo que corresponda discrecionalmente a la Administración; el proceso contencioso no revisa solamente la legalidad del acto administrativo, sino también la versión de los hechos fijada en éste.

— Y, en tercer lugar, el control de fondo de la decisión discrecional a través de los principios generales del Derecho, técnica que supone un salto cualitativo sobre las anteriores. Realmente, el control de los elementos reglados y de los hechos determinantes no constituye, en puridad, una fiscalización de la discrecionalidad: se limita a controlar los elementos que no son ni pueden ser discrecionales en un acto, reduciendo el ámbito de lo discrecional a sus fronteras estrictas frente a la extensión desmesurada que este ámbito había cobrado. Esta última forma de control entra de lleno, sin embargo, en la esfera intocable de la decisión discrecional, cuya juridicidad no puede ser contrastada con una norma escrita (precisamente porque la norma

ha renunciado a regular el contenido de tal decisión), pero sí, en todo caso, con las normas no escritas que son los principios generales del Derecho. La atribución de una potestad discrecional supone, ciertamente, la no sujeción de ésta a la Ley; pero no puede suponer una exención del sometimiento al Derecho, esto es, al resto del sistema normativo, como explícitamente proclama el tantas veces recordado art. 103.1 CE).

Así pues, la decisión discrecional debe ajustarse, para ser válida, a los principios generales del Derecho. lo cual supone la facultad de los Tribunales contenciosos de anularla cuando alguno de dichos principios resulte vulnerado (p. ej., por infracción del principio de igualdad, de proporcionalidad, de buena fe, de audiencia previa, etc). Con todo, no puede ocultarse que, dada la falta de firmeza y opinabilidad de los principios generales, ésta técnica de control debe utilizarse con cautela, procediendo a anular la decisión discrecional cuando la infracción de un principio sea *inequivoca*: de otra forma, se corre el peligro de sustituir la decisión discrecional de la Administración por el criterio subjetivo de los jueces, contra la voluntad expresa de la ley que atribuyó la potestad, voluntad que no puede desconocerse a la ligera.

3. El derecho subjetivo

a) Concepto y caracteres

La caracterización teórica de la figura del derecho subjetivo ha sido uno de los temas clásicos de controversia en la doctrina jurídica: una controversia en cuyo detalle no podemos, claro está, entrar ni, menos aún, terciar, y cuyo estudio debe deferirse a la teoría general del Derecho. A los efectos que aquí nos interesan, baste recordar como las sucesivas posiciones doctrinales se han construido en torno al protagonismo concedido a alguno de los elementos integrantes del concepto: bien la voluntad o el poder de querer conferido por la ley (*Willensmacht*, teoría personificada por SAVIGNY y WINDSCHEID), bien el interés del titular al que dicho poder sirve (HERING), bien el origen de este poder y de la obligación correlativa al derecho, localizada en la norma jurídica (KELTEN; más adelante aludiremos brevemente a esta cuestión). El derecho subjetivo puede describirse convencionalmente, por la suma de estos elementos, como un poder basado en un título específico que permite a su titular, en su propio interés, imponer una conducta, positiva o negativa, a un tercero; una simple descripción —no una definición— cuyo único objeto es permitir la diferenciación de esta figura de otras semejantes.

Los caracteres intrínsecos de este concepto ya quedaron expuestos más arriba al perfilar la noción de potestad. Recordando lo que allí se apuntó, digamos que el derecho subjetivo puede tener su origen en una norma, en el ejercicio de una potestad o en una relación jurídica concreta (un contrato o un

hecho unilateral de un tercero); posee un objeto específico y concreto, siendo su contenido la realización de una conducta igualmente concreta y específica exigible a un sujeto pasivo; y es una posición de poder que se dirige a la satisfacción de un interés de su propio titular, por lo que resulta renunciabile, transmisible y susceptible de prescripción.

Pero si la configuración teórica del concepto ha sido todo menos pacífica, menos aún ha sido su aplicación al campo del Derecho público, proceso que ha estado presidido por una gran confusión entre el concepto de derecho subjetivo, en general, y los derechos constitucionales o libertades públicas (llamados también, desde el libro clásico de G. JELLINEK, derechos públicos subjetivos).

En efecto, la existencia y el reconocimiento de derechos entre el Estado y los ciudadanos es algo evidente en todo el período que precede a la Revolución Francesa: justamente, todo el poder del Estado se hallaba estructurado técnicamente como una haz de derechos subjetivos (derechos regalianos y de soberanía); del mismo modo, el reconocimiento de derechos al particular frente al príncipe es también habitual (privilegios, *jurra quaestita*). El problema surge del hecho de que en el momento en que la doctrina romanista acuña el concepto técnico de derecho subjetivo, el panorama político se halla dominado por la nueva figura de los derechos constitucionales, de los derechos del hombre y del ciudadano. Ello dio lugar a una doble distorsión, cuyas consecuencias aún sufrimos en la actualidad: de un lado, a la suplantación del todo por la parte; pese a que los derechos políticos no eran, en definitiva, más que una subcategoría dentro de la más general de los derechos subjetivos, lo cierto es que llegaron a ocupar todo el escenario dogmático, desplazando a los restantes derechos, patrimoniales o no, exigibles frente al Estado. La nueva denominación adoptada para los derechos constitucionales—derechos públicos subjetivos—consumó esta suplantación: en lo sucesivo, no habría en el Derecho público más derechos subjetivos que los derechos políticos; los restantes derechos o se calificaban como derechos privados, o quedaban en un limbo incierto, siendo incluso dudosa su calificación como derechos subjetivos. La segunda distorsión tuvo su origen en la esencia polémica de los derechos constitucionales, que politizó innecesariamente la figura abstracta de los derechos subjetivos: si los derechos constitucionales eran el paradigma de los derechos subjetivos en el campo jurídico-público, la negación política de aquellos forzaba a la negación teórica de estos, tal y como puede apreciarse en las primeras obras de C.F. von GERBER.

Es una necesidad imperiosa eliminar hoy, de una vez por todas, esta polémica y esta confusión. Para ello, es preciso arrancar de las siguientes premisas: *primera*, que los derechos subjetivos existen, indiscutiblemente, en el campo del Derecho administrativo; los particulares ostentan frente a la Administración (igual que las Administraciones entre sí) titularidades activas que sólo pueden ser calificadas de auténticos derechos subjetivos. *Segunda*, que estos derechos son, en ocasiones, de estructura muy semejante a los derechos subjetivos privados típicos (p. ej., un derecho de crédito al cobro de un suministro de bienes hechos en virtud de contrato a un ente público), mientras que, en otras, carecen de paralelo en el tráfico privado (p. ej., el derecho derivado de una autorización administrativa). *Tercera*, que los derechos constitucionales o derechos públicos subjetivos no agotan, como es obvio, la totalidad de los derechos que se ostentan frente a la Administración, de la que no forman sino una subcategoría. Y *cuarta*, que no todos los derechos

constitucionales son encuadrables en la categoría de los derechos subjetivos: hay no pocos de ellos que responden al concepto técnico de libertad, en tanto que otros —la mayoría de los derechos económicos y sociales— son puras normas directivas cuyos destinatarios son los poderes públicos, como vimos más arriba.

El concepto de derecho público subjetivo ha recibido atención preferente por parte de la doctrina alemana e italiana. En la primera, además de la monografía clásica de G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892 (y de su autor, C.F. von GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852), vid. O. BÜHLER, *Die subjektiven-öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutsche Verwaltungsgeschichte*, Berlin-Stuttgart-Leipzig, 1914, y su trabajo posterior *Allies und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten*, en 269 y ss.; R. THOMA, *Das System der subjektiven-öffentlichen Rechte und Pflichten*, en G. ANSCHÜTZ/R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, Tübingen, 1932, págs. 607 y ss.; R. ANHEIER, *Das subjektive öffentliche Recht als Klagevermutzung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung*, Bonn, 1950; O. BACHOF, *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, Gedäch., W. Jellinek, págs. 287 y ss.; W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen, 1968; F. KASPER, *Das subjektive Recht. Begriffsbildung und Bedeutungsmehheit*, 1965; D. LORENZ, *Der Rechtsschutz des Bürgers und die öffentlichen Rechts*, DVBl 1988, págs. 129 y ss. En la doctrina italiana, la mayor parte de las aportaciones son de antigua factura; además del trabajo pionero de LONGO, *La teoria del diritto pubblico subjetivo*, Archivio di diritto pubblico 1892, págs. 161 y ss., 241 y ss., 231 y ss., son fundamentales los estudios de S. ROMANO, *La teoria del diritto pubblico subjetivo*, I, Milano, 1897, págs. 113 y ss., y del propio V. E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo, pubblico e privato*, en V. E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo, pubblico e privato*, I, Milano, 1897, págs. 113 y ss., y del propio V. E. ORLANDO, *Sulla teoria del diritto pubblico subjetivo*, Scritti varii, Milano, 1954, págs. 275 y ss.; también MAIORANA, *La nozione di diritto pubblico subjetivo*, Roma, 1904; DI PISA, *Le doctrine più recenti intorno ai diritti pubblici subjetivi*, Palermo, 1917; F. PIERANDREI, *I diritti subjetivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940; P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, págs. 143 y ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritti e doveri dei cittadini*, Nss. D. 1., V. Torino, 1960, págs. 725 y ss.; R. ALESSI, *La crisi attuale della nozione del diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, RTDP 1953, págs. 310 y ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, cit., págs. 76 y ss. En la doctrina francesa sólo podría apuntarse el trabajo de R. BONNARD, *Les droits publics subjetifs des administrés*, RDPSP 1932, págs. 707 y ss.; y, quizá, el libro de P. DUEZ, *Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels*, Paris, 1933. Y, por último, en la literatura española, F. GARRIDO FALLA, *Las tres crisis del derecho público subjetivo*, Est. García Ovidio, I, págs. 167 y ss.; y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, REDA 6 (1975), págs. 427 y ss.

Es inútil, por otra parte, intentar esbozar una bibliografía del concepto general de derecho subjetivo; aun cuando no sea demasiado moderna, puede consultarse la compilación que acompaña al trabajo de W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, EdD XII, Milano, 1964, págs. 659 y ss.

b) Los diferentes tipos de derechos subjetivos

Al igual que las potestades, los derechos son susceptibles de múltiples clasificaciones en función de sus diversos elementos y de las singularidades de su régimen jurídico. Aquí se aludirá sólo a las más relevantes.

1) *Así, por razón de su titular, cabe distinguir los derechos subjetivos de la Administración y de los administrados.* Una distinción ésta obvia, cuya única finalidad es recordar el hecho —frecuentemente olvidado— de que no sólo los administrados, sino también los entes públicos son titulares de derechos subjetivos (que, a su vez, son esgrimibles no sólo frente a sujetos privados, sino también frente a otros entes públicos: p. ej., el derecho de un Ayuntamiento a que el Estado le abone una participación en determinados tributos).

2) *Por razón de su origen, los derechos subjetivos —tanto de la Administración como de los administrados— pueden ser atribuidos directamente por una norma jurídica (p. ej., los derechos constitucionales); bien nacer de contratos (p. ej., el derecho de la Administración frente al contratista de una obra pública a que la realice efectivamente) o de hechos dañosos (así, el derecho a indemnización por responsabilidad extracontractual); o bien surgir de actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad (p. ej., el derecho de un particular a ejercitar el contenido de una licencia de obras, o el derecho de la Administración a cobrar el importe de una liquidación tributaria).*

3) *Por razón de su contenido, los derechos pueden clasificarse en tres tipos. El más importante y numeroso es el de los derechos obligacionales, dentro del cual se encuadrarían, junto a los más típicos y usuales (p. ej., los nacidos de un contrato), los llamados derechos prestaciones o a obtener prestaciones de los servicios públicos (p. ej., el derecho a ser atendido en un hospital de la Seguridad Social, o a usar de un servicio de transportes públicos) y la mayor parte de los derechos constitucionales, cuyo principal contenido es el derecho a un no hacer de la Administración (p. ej., derecho a no ser detenido más de 72 horas). Junto a ellos se encuadrarían los derechos reales, tanto de la Administración (p. ej., los derechos de servidumbre sobre fundos privados, como los existentes sobre los inmuebles contiguos a las carreteras; o el derecho de hipoteca legal sobre inmuebles en garantía de pago de impuestos) como de los administrados (p. ej., el derecho al disfrute de una parcela de dominio público derivado de una concesión). Y, finalmente, los derechos de participación, que confieren el poder de intervenir en la organización pública, bien participando en el proceso de constitución de sus órganos (derecho al voto, art. 23.1 CE), bien integrándose en ellos (p. ej., el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, o el derecho a intervenir en el control y gestión de los centros docentes, arts. 23.2 y 27.7 CE), bien poniendo en marcha su actividad en beneficio propio (p. ej., el derecho de petición, art. 29 CE; o el derecho a instar la incoación de un expediente administrativo, arts. 69 y 70 LPA).*

4) *Por razón de su protección, los derechos pueden clasificarse de diferentes formas. Así, es necesario diferenciar los derechos constitucionales de los no constitucionales, dado el energético sistema de protección de los primeros (supertirgidez constitucional, art. 168.1 CE; intangibilidad de su*

contenido esencial frente a la ley, art. 53.1 CE; protección judicial mediante un procedimiento preferente y sumario y mediante el recurso de amparo, art. 53.2 CE; debe advertirse, no obstante, que cada uno de estos mecanismos posee ámbitos materiales distintos, que no es del caso detallar).

La doctrina emplea, en ocasiones, el concepto de *derechos subjetivos condicionados* o *debitados* para aludir a determinados tipos de derechos cuya existencia o ejercicio se encuentran condicionados a su compatibilidad con el interés público; desaparecida esta, pueden ser eliminados o sacrificados. Así ocurre, p. ej., con una autorización de ocupación de la vía pública (para instalar mesas de un bar, por ejemplo), que puede revocarse si el dominio público ocupado debe ser destinado a otro uso prioritario.

Que estos fenómenos de condicionamiento se dan, parece evidente. No lo es tanto, sin embargo, la necesidad de la categoría en sí misma, dado que tal condicionamiento es una condición inherente a la práctica totalidad de los derechos subjetivos, siendo muy variadas y heterogéneas sus modalidades. En efecto, todos los derechos de contenido patrimonial pueden ser sacrificados por la Administración mediante la expropiación (art. 1.º LEP); pero, además, muchos otros derechos sufren condicionamientos de diversa índole: unos poseen una duración temporal predeterminada (p. ej., licencias de armas), mientras que otros son permanentes; de los de duración temporal, unos son prorrogables, y otros no; otros poseen una existencia condicionada a su ejercicio (p. ej., las concesiones de servicios públicos; la propiedad del beneficiario de la expropiación, sin el cual pueden caducar o ser revocados; unos pueden ser revocados por la Administración sin consecuencia ni obligación alguna de su parte (p. ej., autorizaciones a precatario), en tanto que la revocación de otros conlleva la obligación de indemnizar (p. ej., licencias municipales, art. 16.3 RS). Es más que dudoso, pues, que tal multiplicidad de supuestos pueda ser cubierta por un solo concepto; sobre el cual, vid. R. ALESSI, *La crisi attuale della nozione...*, cit. págs. 329 y ss.; A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto pubblico affettivo*, Scritti Romano, II, págs. 193 y ss.; U. POTOTSCHING, *Atti amministrativi e affievolimento di diritto soggettivi*, en Jus, 1953, págs. 220 y ss.; y F. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit. I, págs. 416 y ss.

c) Los intereses legítimos o derechos subjetivos reaccionales

La legislación administrativa suele aludir, junto a la figura del derecho subjetivo, al *interés*, término que se presenta acompañado por los más variados adjetivos: *interés directo* (art. 28.1.a LJCA); *intereses legítimos* (art. 24.1 CE; art. 23.a LPA; art. 10.1 LDP); *intereses legítimos, personales y directos* (arts. 23.c y 113.1 LPA); *intereses legítimos y directos* (art. 32.1.b RPREA); *intereses legítimos y personales* (art. 33.1 RPREA). Su mención, simultánea y alternativa al derecho subjetivo, parece dar a entender que se trata de una situación jurídica distinta de éste, si bien menos consistente y energética.

La aparición de esta figura jurídica, sin parangón en el Derecho privado, se debe a la peculiar evolución del procedimiento contencioso-administrativo en los países latinos. Cuando dicho proceso se instaura, en el siglo XIX, el modelo que invariablemente se adopta es el del proceso civil; esto es, un proceso que versa sobre derechos subjetivos que las partes hacen valer y cuya declaración pretenden (p. ej., la declaración de ser propietario de una finca, o del derecho a que se le entregue la cosa vendida). El proceso contencioso se configura inicialmente, pues, como un proceso sobre derechos, lo cual ofrecía dos serios inconvenientes. El primero de ellos, en cuanto a la garantía jurisdiccional del cumplimiento

de las normas jurídicas: en el Derecho privado, tal inconveniente no se da, pues al estar este montado sobre los conceptos homólogos obligación-derecho subjetivo, cualquier infracción legal supone la vulneración de un derecho subjetivo. En el Derecho administrativo, en cambio, la mayor parte de las normas no son atributivas de derechos (nadie puede afirmar razonablemente tener derecho a que en el procedimiento de elaboración de un reglamento se pida informe a la Secretaría General Técnica o al Consejo de Estado, por ejemplo); su infracción no vulnera derecho alguno, de tal modo que, si el proceso contencioso es un proceso sobre derechos, no sirve para fiscalizar el cumplimiento de las normas administrativas, las cuales, al carecer de garantía judicial, carecen también de coactividad real. El segundo inconveniente se hallaba de la parte del ciudadano, cuya esfera jurídica podía verse lesionada por una actuación ilegal sin posibilidad de tutela judicial alguna: supongamos que un órgano incompetente impone una sanción a un particular (p. ej., un Alcalde revoca el permiso de conducción a un automovilista); la sanción es ilegal por incompetencia, pero como el particular no ostenta derecho alguno a que la Administración observe las normas atributivas de competencia, no podrá recurrir la sanción en vía contenciosa.

Estos inconvenientes impusieron una rectificación en la estructura del proceso contencioso: así ocurre en Francia con el recurso por exceso de poder y en Italia con el recurso ante el Consejo de Estado, mediante los cuales se intenta permitir que los particulares lesionados por una actuación administrativa ilegal puedan impugnarla en vía contenciosa, aunque no sean titulares de ningún derecho subjetivo típico. Ahora bien, si el particular recurrente no espere en el proceso ningún derecho, ¿qué tipo de proceso es este, tan apartado del molde secular? La contestación inicial no puede ser más sofisticada: no nos hallamos ante un proceso entre partes, sino ante un *proceso al acto*, cuyo unico objeto es constatar su ilegalidad; el particular recurrente cumple en el una función semejante a la del denunciante o a la del Ministerio fiscal, coadyuvando a la garantía del cumplimiento de las normas; el proceso, siendo un proceso al acto, no puede finalizar mas que con la anulación pura y simple de éste (si, electivamente, se constata su ilegalidad), no con ninguna declaración de derechos en favor del recurrente, ya que, por definición, tales derechos no existen. Y una segunda cuestión: ¿por qué se permite a un determinado particular —que no es titular de derecho subjetivo alguno—, y no a otros, recurrir una decisión administrativa ilegal? La respuesta, en este caso, es simple: si la posibilidad de recurrir se concediera a cualquier particular, los Tribunales contenciosos se colapsarían ante una avalancha de recursos, muchos de los cuales se plantearían sin motivos serios, por un mero afán litigioso, de represalia personal o de venganza política; es preciso, pues, restringir el acceso al recurso a aquellas personas directamente afectadas por el acto administrativo, aquellas a quienes el acto haya perjudicado de algún modo o que obtengan algún tipo de beneficio con su anulación. En definitiva, a aquellos que tengan algún tipo de *interés* en la eliminación del acto: interés personal y directo (esto es, que el acto les afecte a ellos directamente en su esfera jurídica, no como simples ciudadanos), y, además, legítimo (es decir, que el motivo del recurso no sea el mero placer de recurrir, ni la finalidad de perjudicar a los beneficiarios del acto o de perturbar el funcionamiento de los servicios públicos). De esta forma, junto al derecho subjetivo aparece el interés legítimo, que para la doctrina francesa será un simple requisito de legitimación procesal (una «etiqueta de seriedad» del recurrente). La doctrina italiana, en cambio, va más allá: de acuerdo con su legislación, los procesos contra la Administración en los que los recurrentes esgriman *derechos subjetivos* se resuelven por la jurisdicción ordinaria, en tanto que los recursos ante el Consejo de Estado requieren la posesión por el recurrente de un *interés legítimo*; de donde hay que concluir que derecho subjetivo e interés legítimo son dos situaciones jurídicas sustantivamente diversas.

El relato de lo sucedido en Italia y Francia es necesario, por cuanto nuestro Derecho positivo se ha configurado sobre la base de una mezcla de ambos sistemas. Nuestro proceso contencioso es, desde 1845, fecha de su implantación, un clásico proceso sobre derechos (la Ley de 1888, que estará vigente materialmente hasta 1956, dirá tajantemente

que el recurso procede cuando el acto administrativo «vulnera un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo»). En 1924 se introduce un recurso de anulación (solo para actos de entes locales) configurado al modo del recurso francés por exceso de poder, que se generaliza con la vigente LICA de 1956; esta, sin embargo, aborda la cuestión mezclando los sistemas francés e italiano: consagra la dualidad italiana entre derecho subjetivo e interés, pero como un requisito de legitimación procesal, el recurso francés; derecho subjetivo e interés directo habilitan igualmente para plantear el recurso; la diferencia se establece en el contenido de las pretensiones respectivas, pues el titular de un interés solo puede pretender la anulación del acto, en tanto que el titular de un derecho puede exigir dicha anulación y, además, «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma» (esto es, la declaración de su derecho y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para su plena reintegración).

Esta solución parece lógica, pero sus consecuencias no lo son: el titular de un interés recurre no para lograr una simple anulación, sino para obtener el pleno restablecimiento de la situación dañada por el acto impugnado. En ocasiones, la mera anulación es suficiente (p. ej., anulación de una sanción), pero no lo es en la mayor parte de los casos: supongamos un opositor a quien la Administración excluye de la práctica de las pruebas, no incluyendo en la lista de admitidos; nada consigue con la pura anulación de dicha lista (máxime, si la Administración puede reproducirla acto seguido, forzándole a un nuevo proceso); lo que persigue es que la sentencia anule la lista anterior y ordene confeccionar otra en la que se le incluya. Un hecho este elemental que no ha pasado desapercibido para la sensibilidad de los Tribunales contenciosos; que, pasando por alto si lo que el recurrente esgrime es un derecho subjetivo o un interés, resuelven con absoluta habitualidad condenando a la Administración a adoptar las medidas necesarias para restablecer plenamente la situación dañada. Lo cual es ciertamente irreprochable, pero deja en pie la pregunta capital: ¿para qué, entonces, la diferencia entre derecho subjetivo e interés? ¿Existe tal diferencia, si carece de toda consecuencia jurídica razonable? ¿Estamos, realmente, ante dos situaciones jurídicas diversas?

La contestación a este interrogante, en cierto modo obvia, ha sido dada por la más reciente doctrina en el sentido de negar tal diferencia: el interés (legítimo, o personal, o directo) no es sino una modalidad atípica de derecho subjetivo, al que se califica de **derecho subjetivo reaccional**. La descripción de este tipo singular de derecho es muy sencilla: los entes públicos (de igual forma que cualquier otro sujeto) sólo pueden interferir legítimamente el ámbito vital de las personas en base y de acuerdo con la ley; tal es el sentido profundo del principio de legalidad: la libertad de los ciudadanos sólo puede ser limitada o coartada por la Administración cuando la ley le autorice para ello, y siempre que cada actuación concreta se realice de acuerdo con el sistema normativo. Pues bien: cuando un acto de la Administración interfiere dicho ámbito vital causando un daño cualquiera en el mismo (un *grief*, dice la doctrina francesa) y de modo no conforme a la norma, surge en el particular afectado un derecho a reaccionar contra el perjuicio sufrido, al objeto de restablecer la integridad de su ámbito vital dañado. De modo sintético, podría decirse que la causa genética de estos derechos se encuentra en la suma de los dos elementos: la acción ilegal y la lesión que ésta produce en el ámbito vital de intereses, tanto morales como patrimoniales, de una persona, y que su contenido es la posibilidad de reaccionar contra dicho daño ilegal al objeto de eliminarlo.

imponiendo al autor del acto la realización de las conductas necesarias para ello.

De esta descripción se desprende la diferencia que separa los derechos subjetivos reaccionales de los derechos subjetivos típicos: estos últimos son títulos de poder que preexisten a un eventual conflicto, y cuyo contenido se halla igualmente predeterminado (el derecho del vendedor al precio de la cosa existe antes y con independencia de que el comprador decida eventualmente no abonarlo; su cuantía, también, se conoce antes de esta decisión); los derechos reaccionales no nacen sino en el momento y como consecuencia del conflicto (esto es, de la producción del acto ilegal y dañoso), que es también el que determina su contenido material (el derecho a ser indemnizado por un daño sólo aparece cuando el acto dañoso tiene lugar; la cuantía de dicha indemnización viene determinada en función de las consecuencias lesivas producidas por dicho acto).

Las diferencias entre derechos subjetivos típicos y reaccionales se difuminan, no obstante, si se profundiza en la propia noción de derecho subjetivo. Vistas las cosas desde una perspectiva realista, el derecho subjetivo es una noción ficticia y puramente referencial: lo único sustantivo, en las relaciones interpersonales, es la obligación o deber de realizar una conducta determinada: el fundamento de esta obligación no se encuentra en el poder que constituye el derecho subjetivo de la otra parte, sino en la norma que impone la conducta obligatoria: hablar del derecho subjetivo como un poder no es más que una ficción subjetivada del poder coactivo inherente a la norma: cuando se dice que el comprador tiene derecho a que el vendedor le entregue la cosa se está cometiendo, en el fondo, una simplificación; lo que debería decirse, en puridad, es que el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa, porque lo impone el C.c. y, lo que es más importante, que el comprador puede reaccionar judicialmente contra el vendedor si la entrega no se realiza. Lingüísticamente, pues, el derecho subjetivo no es más que la formulación positiva del contenido exigible de una obligación; materialmente, el poder de reclamar judicialmente el cumplimiento de una obligación incumplida en todo o en parte. Por ello, podría decirse que, en cierta medida, todos los derechos subjetivos son situaciones reaccionales.

El concepto de derecho subjetivo reaccional (o interés legítimo, en la terminología clásica) no es aplicable solamente al derecho de recurso contra actos de la Administración. Es la calificación que conviene también a todas las acciones de indemnización por daños y, en general, a todas las titularidades impugnatorias (p. ej., impugnación de acuerdos de sociedades anónimas, de asociaciones en general o de comunidades de bienes).

Sobre las cuestiones a que se refiere el presente apartado, es básica la consulta de E. GARCÍA DE ENTERRIA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, II, cit., págs. 37 y ss.; para el concepto dogmático de interés legítimo, es obligado el examen de la abundantísima doctrina italiana: vid. entre las aportaciones más destacadas, O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 4.ª ed., 1934, págs. 161 y ss.; L. PICCARDI, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, en *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del Centenario*, Roma, 1932, II, págs. 135 y ss.; P. BODDA, *Interesse a riorta ed interesse legittimo*, Foro amm. 1935, I, 1.ª, págs. 48 y ss.; E. TOSATO, *Interesse materiale ed interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, Foro amm. 1940, IV, págs. 53 y ss.; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, en *Archivio di diritto pubblico*, 1937, págs. 57 y ss.; E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela*

giurisdizionale, RTDP 1952, págs. 614 y ss.; R. ALESSI, *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, Arch. giur. 1943, págs. 146 y ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, RTDP 1953, págs. 348 y ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, cit., págs. 241 y ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 2 vols., 1962; F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza della libertà e dei diritti*, RTDP 1969, págs. 764 y ss.

C) Las situaciones de deber o pasivas

1. La sujeción

El concepto y problemática de la situación jurídica denominada sujeción son extraordinariamente sencillos. La sujeción es, simplemente, el correlato pasivo de la potestad, consistente en el deber de soportar el ejercicio de una potestad sobre el propio ámbito jurídico. Se trata, por lo tanto, de una condición estática, integrante de una situación jurídica de *status* (a la que después nos referiremos): se encuentran en situación de sujeción las personas comprendidas en el ámbito subjetivo de una potestad.

La sujeción es admitida, por la práctica totalidad de la doctrina, como situación sustantiva e independiente, razón esta por la que se le menciona aquí. Su consistencia dogmática es, sin embargo, más que dudosa: la sujeción es una situación que carece de contenido alguno, puesto que el mero deber de soportar o *patere* no es, materialmente hablando, nada en términos jurídicos. No entrará ninguna conducta, positiva ni negativa: el sujeto a una potestad no tiene que realizar ninguna actividad positiva antes de que la citada potestad sea actuada; ni tiene que dejar de realizar conducta alguna, por cuanto el sujeto puede llevar a cabo todos los actos que estime oportunos, incluso para eludir el ejercicio de la potestad (p. ej., el titular de una finca puede venderla, para evitar la incidencia de una eventual expropiación). La prueba concluyente de la falta de contenido de la sujeción es que ésta no puede ser vulnerada de modo alguno, al contrario de lo que ocurre con las auténticas situaciones jurídicas.

En verdad, la sujeción es una simple formación lógica, producto del espíritu de simetría que inspira toda sistematización jurídica: de la misma forma que el derecho subjetivo posee el correlato de la obligación (o a la inversa), se piensa que la potestad debe tener otro correlato pasivo. Lo cual ni siquiera es exacto en el campo de la lógica, puesto que la potestad no tiene significado alguno en tanto no es actuada: la posibilidad de algo no tiene un opuesto lógico (podemos coincidir en que lo opuesto a la enfermedad es la salud; pero sería inexacto decir que lo contrario de la posibilidad de enfermarse es la posibilidad de estar sano). Por otra parte, la situación de sujeción es utilizada, como vimos, a propósito de los conceptos de administrado simple y cualificado (situaciones de sujeción general y especial), en donde desempeña una función similar a la antes descrita (correlato lógico de las situaciones de poder o supremacía general y especial).

2. La obligación

De la situación jurídica de obligación bien poco hay que decir que no haya sido ya dicho: al ser el correlato perfecto del derecho subjetivo en el plano positivo, lo expuesto a propósito de éste es aplicable plenamente a la obliga-

cion, sin más que alterar la perspectiva. Esta consiste, pues, en la necesidad jurídica de realizar una determinada conducta de hacer o de no hacer, que el sistema normativo establece en beneficio o utilidad de una tercera persona, la cual ostenta el poder de exigirla.

3. La carga

La situación jurídica denominada carga posee un perfil en cierta manera híbrido entre las situaciones de poder y de deber. En cuanto situación de deber —que es como, en sentido estricto, debe ser considerada—, la carga consiste, como la obligación, en la necesidad jurídica de realizar una determinada conducta. Se diferencia de esta, sin embargo, en que la carga consiste normalmente en una conducta positiva (de hacer), y sobre todo, en que esta compulsión jurídica a realizar la citada conducta está establecida en *interés propio* del sujeto sobre el que pesa: de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito.

Aunque parezca paradójico, la carga ha podido ser definida también como una situación de deber accesoria a otra principal de poder, o como una situación mixta de poder y deber (GIANNINI la ha definido como «una situación subjetiva compuesta en la que a un poder se une una obligación instrumental que concierne al ejercicio del poder mismo; la carga constituye, así, una circunstancia limitativa de un poder»). Esta postura es, sin embargo, errónea, por dos razones: primera, porque con independencia de que aparezca en el marco de una situación de poder, la carga es, en sí misma, una necesidad o deber jurídico de actuar: los ejemplos que en ocasiones se citan de situaciones de poder que son simultáneamente cargas suelen confundir el concepto técnico de carga con la simple necesidad de ejercicio de un poder para que este pueda surtir efecto (tal es el caso, citado por CASSARINO, op. cit., pág. 232, de la demanda judicial que debe presentar quien pretende ejercitar un derecho: tal demanda —dice— es un poder jurídico, pero también una carga que pesa sobre el titular del derecho). Es absolutamente obvio que quien es titular de un poder (una potestad, un derecho subjetivo) tiene que ejercerlo si quiere que su contenido sea efectivo; pero tal necesidad no es una carga, sino una condición elemental intrínseca al ejercicio del contenido mismo del poder. Y la segunda razón que impide asumir la postura antes citada es la de que, en ocasiones, la carga se presenta como un requisito no para obtener una ventaja positiva, sino para evitar una desventaja, o para ambas cosas simultáneamente (p. ej., la incorporación del propietario de un inmueble a una Junta de Compensación evita la posibilidad de ser expropiado por esta).

El diseño de la noción de carga es de origen inequívocamente italiano: su construcción inicial suele atribuirse a BRUNETTI (en sus libros *Il delitto civile*, Firenze, 1906, págs. 268 y ss., y *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913), y su deprecación, a F. CARNELUTTI (*Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, págs. 55 y ss.; y *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, págs. 166 y ss.) y a E. BETTI (*Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pág. 57), pasando al campo del derecho administrativo a través de las obras de E. RESTA (*L'onere di buona amministrazione*, en los *Annali di Regia Università di Macerata*, 1938) y de S. CASSARINO (*Le situazioni giuridiche...*, cit., págs. 230 y ss). Análisis generales del concepto pueden hallarse hoy, en las obras de MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966; VERDE, *L'onere della prova*, Napoli, 1974; G. GAVAZZI, *L'onere*, Torino, 1970; N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973, y su trabajo *La perfezione degli atti giuridici e il concetto*

di onere, en su libro *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, págs. 107 y ss.; también, N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, RIDPC, 1969, págs. 256 y ss.

La figura de la carga tuvo su origen en el derecho procesal, a propósito de la carga de la prueba, y aparece normalmente en el seno de los procedimientos formales presididos por el principio de rogación (esto es, cuando el impulso del procedimiento a través de sus diversos trámites, y aun la realización de estos mismos trámites, depende de una iniciativa de las partes). No es de extrañar, por ello, que la carga sea muy frecuente en un sector jurídico tan procedimentalizado como el derecho administrativo: son cargas, p. ej., la comparencia en un procedimiento administrativo para ser tenido por interesado, la petición de prórroga o de prueba, o la denuncia de mora (arts. 23.c: 57; 90.1; y 94.1 LPA); la clasificación de los contratistas para la celebración de determinados contratos con el Estado (arts. 98 y ss. LCE), entre otros múltiples supuestos cuya cita sería inacabable.

4. El deber público

La más ambigua y problemática de las situaciones jurídicas pasivas es la que la doctrina conoce con el apelativo de deberes públicos, cuya caracterización suele hacerse, en contraste dialéctico con la figura de la obligación, en base a tres circunstancias:

— La obligación se corresponde con un derecho subjetivo del que es la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrito de modo abstracto y genérico.

— La obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad.

— La obligación se corresponde con un derecho subjetivo del que es titular otra persona, contrapartida que no existe en el deber público. Los gravados por un deber público, se ha dicho, «no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo propiamente tal a exigir de ellos el comportamiento en que el deber consiste, sino, todo lo más, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., II, pág. 33).

Resulta sintomático, no obstante, que la doctrina no haga gala de una precisión semejante a la hora de enunciar ejemplos concretos de esta categoría: lo cual no es tanto atribuible a una falta de corrección didáctica, cuanto a la falta de firmeza y solidez de los criterios distintivos, que obliga a cuestionarse seriamente sobre la consistencia y fundamento de esta situación jurídica. En efecto:

1) No es posible distinguir categorías sustantivas de situaciones pasivas en función de la generalidad o concreción de su contenido: primero, porque ambos caracteres son eminentemente relativos (¿cuál es más concreto?, ¿el deber de defender a España —art. 30.1 CE—, cuyo contenido conocen todos los españoles varones y que pasa por ser el

prototipo del deber público, o la *obligación* del concesionario de «prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente» —art. 128.1.1 RS³⁾. Y segundo, porque tanto en los deberes como en las obligaciones se da, en el Derecho público, un proceso de concreción sucesiva para asegurar su operatividad: el contenido del deber y de la obligación se enuncia de modo genérico en una norma, y se concreta posteriormente bien mediante normas de desarrollo, mediante contratos o mediante actos emanados en ejercicio de una potestad.

2) Tampoco es posible separar el deber y la obligación en base al interés respectivo a que uno y otro sirven. Si así fuera, podría hablarse de derechos subjetivos del administrado, pero no de la Administración, la cual carece, por definición, de intereses propios: la Administración no tiene otro interés que los intereses generales, como dice el art. 103.1 CE. Aunque sociológicamente pueda estimarse, con acierto, que ciertas obligaciones de los particulares sirven primariamente al interés o comodidad de la burocracia, jurídicamente esto no es admisible.

3) Y es igualmente difícil saber, en cada caso concreto, si la contrapartida de una situación pasiva es un derecho subjetivo o un mero poder garantizador de su cumplimiento (entre otras razones, porque el poder garantizador del cumplimiento de una obligación es la definición misma del derecho subjetivo). En hipótesis, podría trazarse una distinción entre obligaciones, cuyo contenido material puede ser exigido en caso de incumplimiento, y deberes, ante cuyo incumplimiento no cabe otra reacción que la sancionadora, pero incluso esta distinción sería inexacta, pues hay obligaciones cuyo cumplimiento no puede ser exigido —obligaciones personalísimas— y cuyo incumplimiento es sancionable —penas convencionales, pérdida de fianza en los contratos—, y deberes cuyo contenido puede ser exigido en su integridad material —resistencia a cumplir el servicio militar—.

Por todas estas razones, el concepto de deber público nos parece enteramente cuestionable y de utilidad más que dudosa: un deber abstracto, como los que la CE impone, no es jurídicamente nada para el ciudadano en tanto no se transforma en obligación mediante un proceso de *accrètement* o concreción sucesiva. En realidad, tales deberes públicos como los que la CE establece no son sino formulaciones lingüísticas atípicas de atribuciones de potestad a la Administración para imponer obligaciones concretas; por ello, en ocasiones, la CE utiliza ambas formulas, enunciando un deber (p. ej., el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, art. 31.1), y la potestad correlativa (la potestad tributaria, art. 133).

Sobre esta figura, y, en particular, sobre los deberes públicos establecidos en la Constitución, vid. G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Constitución, vid. G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1976; F. MANCINI, *Dovere e libertà di lavorare*, Pol. dir., 8 (1974), págs. 565 y ss.; H. H. KLEIN, *Über Grundpflichten*, Der Staat 14 (1975), págs. 153 y ss.; R. STÖBER, *Grundpflichten und Grundgesetz*, Berlin, 1979; Ch. GUSY, *Grundpflichten und Grundgesetz*, JZ 1982, págs. 657 y ss.; S. VARELA DIAZ, *La idea de deber constitucional*, REDC 4 (1982), págs. 69 y ss.

D) Las situaciones mixtas y complejas

1. Los poderes funcionales

Las situaciones que hemos examinado en los epígrafes anteriores son tipos ideales que pueden darse en estado puro, pero que pueden también presentarse mezclados: pese a su apariencia contradictoria entre sí, no existe entre ellos incompatibilidad lógica. No son, por ello, insólitos los supuestos de situaciones mixtas de poder y deber, que la doctrina califica con diversas expresiones:

siones: poderes-deberes, poderes funcionales o funciones, a secas. Sin embargo, la mixtura de situaciones de poder y de deber puede darse en formas diversas, sobre las que la doctrina no ha llamado la atención: tres son las fundamentales.

En primer lugar, las **potestades de ejercicio obligatorio**, esto es, situaciones de poder (en cuanto suponen la imposición de conductas a terceros o, más en general, la inmisión en la esfera jurídica de terceros) cuyo ejercicio no es facultativo para su titular, sino obligado o debido, en cuanto otorgadas por el sistema normativo para la tutela de intereses ajenos. Es el caso de la práctica totalidad de las potestades administrativas, que son, por naturaleza, potestades fiduciarias, como anteriormente señalamos.

En segundo lugar, los **derechos subjetivos que son al tiempo, deberes**, supuesto perfectamente diferenciable del anterior: se trata de actividades a llevar a cabo por su titular, que este puede exigir a los entes públicos, pero que éstos también pueden exigirle o imponerle. Es el caso de muchos derechos-deberes constitucionales; el «derecho y el deber de defender a España» (art. 30.1 CE); el deber de trabajar y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE); el derecho a la educación y la obligación de la enseñanza básica (art. 27.1 y 4 CE).

Y, en tercer lugar, las **situaciones de contenido complejo**, en las que, junto a elementos activos o de poder, existen elementos pasivos o de deber. Es el caso prototípico del derecho de propiedad inmobiliaria, cuyo contenido, conforme a la legislación urbanística, está integrado de facultades de aprovechamiento junto a un elenco de importantes deberes positivos (costear la urbanización, edificar con arreglo al planeamiento, ceder un porcentaje del aprovechamiento al municipio, etc.).

Sobre esta categoría, vid. F. GARRIDO FALLA, *Tratado...* cit., I, págs. 421-422; E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...* cit., II, págs. 28-29.

2. El status

Con frecuencia se habla del *status*, término de larga tradición en el lenguaje jurídico, como de una situación compleja. Expresándose con mayor propiedad, sin embargo, habría que decir que el *status* es un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones, etc.) consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las personas. Se trata, en definitiva, de una técnica de simplificación semántica que cumple un doble papel: de una parte, el acotamiento, desde una cierta perspectiva, de un colectivo de personas que ostentan un conjunto de situaciones jurídicas comunes; de otra, la designación sintética y abstracta de dicho conjunto de situaciones jurídicas.

El concepto de *status* fue empleado, en una versión clásica, en la monografía de G. JELLINEK sobre los derechos públicos subjetivos, citada más arriba, para designar los conjuntos de derechos imputables a cada una de las posiciones asumidas por las personas en relación con el Estado. Hoy ha adquirido, sin embargo, un uso mucho más extenso; aunque las normas jurídicas no utilicen normalmente el término, lo emplean implícitamente para definir colectivos de personas a las que se somete a una regulación unitaria (*status* de español —o de extranjero—, de vecino de un municipio, de funcionario público, de concesionario; y también en el Derecho privado, como ocurre con el *status* de padre de familia, de conyuge, de hijo, de tutor, de accionista, de comerciante, etc.).

Sobre esta figura, vid. A. CICU, *Il concetto di status*, en Studi Simoncelli, Napoli, 1917, págs. 61 y ss.; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di status*, RISG 1938, págs. 250 y ss.; PINTO, *Lo status professionale*, Milano, 1941; DEUFEMIA, *Sul cosiddetto status professionale*, en Stato e diritto, 1941, págs. 243 y ss.; SARACENI, *Il concetto di status e sua applicazione nel diritto ecclesiastico*, Arch. giur. CXXXII (1945), págs. 130 y ss.

IV. LA ACTIVIDAD ORGANIZATORIA

Tras el examen de las figuras subjetivas y de las situaciones jurídicas abstractas a través de las cuales unas y otras se conectan, debemos centrar nuestra atención ahora en las dos primeras figuras subjetivas, las personas públicas y los órganos que las integran (al administrado y sus relaciones con la Administración volveremos largamente, una vez agotado en los capítulos siguientes el estudio analítico de las diversas personas y órganos constituyentes de la estructura de dimensiones colosales, de composición extraordinariamente heterogénea y de relaciones sumamente complejas entre sí. La ordenación y configuración de toda esta complicada estructura se lleva a cabo mediante cuatro tipos de técnicas jurídicas.

Primero, mediante un conjunto de técnicas de estructuración o formación (A). La organización administrativa es una estructura profundamente inestable, sometida a un proceso de constante cambio impulsado tanto por razones de conveniencia política cuanto por la búsqueda permanente de una mayor racionalidad y adaptación a las tareas cuyo desempeño tiene encomendadas. Las técnicas de estructuración constituyen las fórmulas jurídicas a través de las cuales se lleva a cabo ese cambio, mediante la creación, modificación y extinción de las personas públicas y de sus órganos.

Segundo, mediante una serie de técnicas de distribución funcional (B). El primer problema que la configuración de la organización administrativa debe afrontar, obviamente, es el de la adecuada distribución de funciones y tareas entre sus múltiples centros operativos, al objeto de hacer realidad el principio de división del trabajo.

Tercero, mediante un conjunto de técnicas de unidad y coherencia (C). La multiplicidad de las personas y órganos administrativos, y la distribución de funciones y tareas entre ellos, pueden dar lugar a todo un mundo de

actuaciones inconexas, duplicadas y contradictorias si no se ven sujetas a una serie de procedimientos que aseguren la unidad de actuación o, cuando menos, la coherencia de funcionamiento de todo el conjunto en su común servicio al interés general.

Y cuarto, mediante una serie de técnicas de asociación de sujetos privados a la realización de funciones públicas (D). La organización administrativa y las funciones públicas no constituyen términos de una ecuación perfecta: las funciones que en cada momento histórico asumen los poderes públicos como propias son, invariablemente, de mayores dimensiones que la organización administrativa; el excedente de funciones no realizables por esta ha de ser asumido por sujetos privados, los cuales, por razón del carácter público de tales funciones, han de ser asociados, integrados, dirigidos y controlados por las personas públicas titulares de las mismas. A tal objeto sirven las técnicas de este último tipo, que en cierta manera constituyen el complemento externo y de cierre de la organización administrativa en sentido estricto.

Todas estas técnicas poseen una vertiente primaria, de carácter no jurídico, cuyo análisis es patrimonio de la ciencia de la Administración o, más precisamente aun, de la teoría de la organización: una vertiente capital que, sin embargo, no será objeto de consideración aquí por razones obvias. Debe asimismo advertirse que la temática objeto de examen en este epígrafe posee, en los manuales de Derecho Administrativo al uso en España, una ubicación y denominación muy distinta a la que aquí empleamos: la potestad organizatoria se analiza exclusivamente a propósito de la creación, modificación y extinción de órganos administrativos, olvidando la aplicación de dichas operaciones a los entes públicos de los que dichos órganos forman parte: la visión omnicompreensiva que aquí se sigue se justifica, creemos, por sí sola. De otro lado, las técnicas que se estudian en los epígrafes B y C suelen analizarse en otras obras bajo el rótulo genérico de «principios jurídicos de la organización administrativa», y de forma, a decir verdad, inconexa y desordenada: creemos, también, que la traducción de los principios en técnicas y la sistemática que hemos escogido —tan convencional como cualquier otra— mejoran sustancialmente la claridad y lógica interna de la exposición de estas cuestiones.

A) Las técnicas de estructuración

1. El proceso constitutivo de las organizaciones

Toda organización administrativa —como cualquier otra organización, en general— es un *compositum* de elementos diversos: un elemento personal (las personas físicas que integran la organización y que actúan para ella), un elemento material (los medios materiales y recursos económicos que manejan dichas personas) y un elemento normativo (las reglas que disciplinan la actividad de las personas). La ordenación de todos estos elementos en una estructura unitaria es el resultado final de una variada serie de actividades, tanto jurídicas como no jurídicas.

La actividad constitutiva de las organizaciones se despliega a través de un