

INTERES LEGITIMO, DERECHO SUBJE-  
TIVO Y REFORMA AL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO

(Art. 49 C. Política)

EDUARDO ORTIZ ORTIZ  
Encargado de Derecho  
Administrativo

Ha sido reformado el artículo 49 de nuestra Cons-  
titución.

Decía el viejo texto:

"Establécese la jurisdicción contenciosa administrativa,  
como función del Poder Judicial y con el objeto de pro-  
teger a toda persona en el ejercicio de sus derechos ad-  
ministrativos, cuando estos fueren lesionados por disposi-  
ciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el  
Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y  
toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, ac-  
tuando como personas de derecho público y en uso de  
facultades regladas".

Dice el texto reformado:

"Establécese la jurisdicción contenciosa administrati-  
va como atribución del Poder Judicial, con el objeto de ga-  
rantizar la legalidad de la función administrativa del Estado  
de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho pú-  
blico.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La Ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

La exposición de motivos de la reforma, que se publica en este mismo número, se encarga de analizar el contenido y sentido de este nuevo texto.

La innovación verdaderamente profunda que introduce en el régimen de nuestra justicia administrativa está en el párrafo final, que extiende su objeto —al menos— a los intereses y no sólo a los derechos subjetivos de los administrados.

Interés  
racional  
⊗

Queña dicho, con ello, que de hoy en adelante habrá en Costa Rica la posibilidad de hacer valer ante una jurisdicción única, llamada contencioso-administrativa y dependiente del Poder Judicial, no solo los derechos de los administrados sino también esta nueva figura jurídica llamada interés legítimo; y que, eventualmente, la ley podrá extender igual protección a otros intereses de hecho, que por carecer de toda defensa jurisdiccional en la mayoría de las legislaciones podrían llamarse —aunque impropiaemente—, no legítimos.

Interés adm.  
Interés subjetivo  
Interés legítimo  
⊗

### I. LA DESVIACION DE PODER.

Motivo de impugnación del acto adm. → Invalidez

Importante y decisiva como es, la reforma en comentario puede ser analizada desde muy diversos ángulos. Que para futuras líneas el análisis de la desviación de poder, expresamente calificada —nada menos que en la Constitución—, como motivo de impugnación del acto administrativo. Ello sin perjuicio de advertir anticipadamente que tal vicio, como la misma exposición de motivos lo expresa, es de legalidad y no de oportunidad del acto, y es capaz, por eso mismo de producir la invalidez de éste y de fundar una acción contencioso administrativa en su contra.

⊗  
\*

Esta expresa y solemne inclusión de la desviación de poder dentro del texto constitucional nos parece superflua y motivada en la atención desmedida a un defecto marginal del acto administrativo, cuya revelación empieza a hacerse a través de otros vicios más gruesos y evidenciables del mismo, y que está confinado, en todo caso, al ámbito de los actos con motivo discrecional.

• El acto administrativo no es un acto de voluntad, sino una conducta voluntaria de un funcionario, externamente adecuada a la satisfacción de una necesidad pública. Los vicios de la voluntad contenida en aquella únicamente tienen importancia cuando impiden que el acto se adapte a dicha necesidad. desde un punto de vista enteramente objetivo. Razón por la cual, si hay motivo reglado y definido por la ley, que haga necesario el acto, importa poco el fin perseguido por el funcionario, para juzgar de la validez o invalidez de aquél. Dado el motivo reglado el acto es válido, aunque el móvil del funcionario sea ilegal y egoísta, porque el acto es de todos modos necesario en el caso y existente a plenitud su fin objetivo, que es la necesidad creada por aquel motivo, y no el móvil adoptado por el funcionario.

La desviación de poder —como los vicios de la voluntad en general—, tiene influencia únicamente sobre los elementos discretionales del acto administrativo, porque entonces es presumible que si la definición y determinación de éstos depende de la voluntad y del juicio del funcionario, estarán mal definidos y determinados, si el móvil de éste es ilícito e ilegal. No obstante, el acto es válido aunque esta desviación se presente, si es obligatorio en el caso concreto, por haberse realizado ya el motivo reglado que lo hace debido según la ley.

La desviación de poder queda relegada, entonces, a los casos de desviación subjetiva de fin en los actos cuyo motivo y emisión son de apreciación discrecional, cuando la mis-

Acto adm. Vicios de la voluntad.

Desviación de poder: influencia.

ma ha sido bien hecha y es insostenible la tesis de que el motivo no existe o ha sido infundadamente considerado como existente. De este estrecho horizonte, la desviación de poder viene siendo sistemáticamente excluída por la jurisprudencia italiana y francesa, sobre todo por el control de otros vicios conexos y por la imposición de nuevos límites a la discrecionalidad, que conducen cada vez más frecuentemente a tener por insubsistente el motivo y por innecesario el acto.

Fuera de la proyección de la desviación hacia este último elemento motivo que representa ahora el fulcro de toda teoría nueva sobre el acto administrativo, han operado esa labor compresora y expelente las doctrinas de los principios generales del derecho y de los conceptos jurídicos indeterminados, que autorizan una intervención del juez sobre campos antes reservados a la libre y soberana apreciación discrecional de la Administración. Estos principios y dichos conceptos (escándalo público, urgencia, tierra inculta, propaganda subersiva, actividad de beneficencia, servicio público, etc.) se reputan hoy como reglas precisas y determinadas, o determinables, que la autoridad debe aceptar y obedecer, enmarcando su sentido según reglas estrictas de lógica y de justicia. En términos tales que lo que antes podía reputarse una actividad libre, sin importar que limitara derechos contemplados por la Constitución (como las garantías individuales) se reputa ahora (en Francia, al menos) como sujeto a toda clase de chequeos jurisdiccionales sobre la lógica o la justicia de la actuación administrativa, precisa y exclusivamente en razón de un principio general de derecho, que impone la menor discrecionalidad posible en la limitación de los derechos humanos por la actividad de policía. Y, parejamente, lo que antes podía considerarse una interpretación administrativa de la ley no fiscalizable por la justicia, como la decisión sobre lo que es una entidad de beneficencia a los efectos del otorgamiento de una subvención, o la de lo que es propaganda subersiva o pe-

licula inmoral a los afectos de su prohibición y decomiso, se reputa hoy como la aplicación de la ley a un caso concreto, mediante el acotamiento de los conceptos indeterminados de beneficencia, subversión o inmoralidad por su adecuación a los datos reales y variables de dicho caso. Los tribunales franceses entran hoy a juzgar de la apreciación de los hechos de éste, para determinar si el mismo merece la calificación legal que le ha atribuido la autoridad, como si ésta hubiera sido definida clara y precisamente por la ley, y no como si hubiera sido abandonada al criterio personal del agente administrativo.

Margen y reducto último de la discrecionalidad es la potestad de la Administración para elegir entre varias posibilidades, todas igualmente legales y totalmente indeterminadas por completo silencio de la norma al respecto, para satisfacer el bien público. De este modo, resulta poco frecuente en la Francia de hoy el entrar a juzgar de la desviación de poder en un acto, porque antes que ésta y como vicio anterior y principal, se ha analizado la existencia y apreciación del motivo, y se ha logrado constatar la invalidez del acto por inexistencia o por mala apreciación de este último.

Para concluir: la desviación de poder es un vicio marginal, poco frecuente y, en todo caso, tan atinente a la legalidad del acto como la falta de motivo. Aunque la situación jurisdiccional en Costa Rica es totalmente distinta a la de Francia, son válidos enteramente —aquí como allá— los motivos de la evolución descrita, y predecible una muy rápida marcha de nuestros tribunales hacia líneas de decisión muy semejantes. Cuando esta evolución se haya concluido —y desde que esté en marcha— se evidenciará que la inclusión del vicio de desviación de poder en la reforma de nuestro artículo 49 citado es innecesaria, porque se trata de un vicio poco frecuente de legalidad, cuya mención expresa debió excluirse del texto por igual razón que la de todos los demás del acto administrativo (defecto de compe

tencia, forma, procedimiento, contenido, etc.) y que, sobre todo, debió acompañarse —si se incluía— de una mención a la inexistencia o mala apreciación del motivo, con la que tan a menudo se confunde y que es mucho más relevante.

La redacción que se critica está inspirada en el artículo 83, inciso 2, de la nueva ley española de lo contencioso administrativo, citada por la correspondiente exposición de motivos (Ley de 22 de diciembre de 1956). Pero es digno de notar que ilustres autores españoles (Eduardo García Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder, Revista de Administración Pública, N° 39, página 174) han apuntado ya igual decadencia de la desviación de poder, como vicio del acto. No sabemos si sea o no recomendable la inclusión de tal defecto, en norma tan moderna y técnica como la apuntada, a modo de advertencia para litigantes desprevenidos; pero estamos seguros de que es un error precisamente técnico su inclusión en una Constitución, hecha para durar ante los vaivienes de la justicia, de la doctrina y de los tiempos.

## II. DERECHO, DEBER E INTERES LEGÍTIMO. \* X

Defecto fundamental de la reforma, el apuntado; fundamental virtud, la inclusión de los intereses legítimos dentro del objeto de la jurisdicción administrativa.

Estas líneas irán destinadas principalmente a aclarar lo que es la noción de interés frente a la de derecho subjetivo, sobre todo a la luz de la doctrina italiana, donde tal distinción adquiere su máximo relieve por ser el criterio discriminatorio entre la justicia administrativa ordinaria servida por el Poder Judicial, encargada exclusivamente de conocer y fallar sobre litigios en que el administrado hace valer un derecho subjetivo violado; y la justicia administrativa formal, servida por el Consejo de Estado italiano y tribunales menores, todos dependientes del Gobierno (Poder Ejecutivo) pero con absoluta autonomía funcional y con ca-

valor  
Der. subjetivo

Interés legítimo ≠ D. subjetivo

rácter de verdaderos jueces separados de la Administración activa, encargados exclusivamente de conocer y fallar sobre litigios en que el administrado se limita a hacer valer un mero interés violado, y no un derecho subjetivo.

*interés legítimo (mero interés violado)*

En tales sistemas, la distinción neta y precisa entre derecho subjetivo e interés legítimo, así como entre éste y los intereses de hecho sin ninguna protección jurídica, que allá se llaman "simples", es importante porque hay doble jurisdicción administrativa —del Poder Judicial y del Ejecutivo—, y es necesario determinar a cuál de los dos debe dirigirse la demanda. En Costa Rica, donde todos los tribunales dependen del Poder Judicial por mandato constitucional, tal problema no existe. La utilidad de la distinción se mantiene, sin embargo, porque:

*No existe tal problema en CR.*

1) Sirve para conocer los casos nuevos que podrán llevarse a la vía contencioso administrativo, de conformidad con la reforma en comentario. Limitada al conocimiento de litigios sobre derechos y relaciones jurídicas, nuestra jurisdicción administrativa habrá de iniciar, con base en la reforma, una ardua labor de definición conceptual y causística de los intereses legítimos, para saber los que no son siquiera eso, por ser intereses simples, y los que —por su modo de protección—, son más que eso, porque son verdaderos derechos subjetivos. Con base en tal distinción, y es ésta, la segunda utilidad fundamental que trae el conocimiento de lo que es un interés podrá declarar su competencia o incompetencia para conocer de la petición o pretensión de la demanda.

*No hay responsabilidad por el daño a un interés legítimo. Pero sí por el de un derecho subjetivo.*

2) Sirve para saber cuándo el reclamante tiene derecho sólo a la anulación del acto y no a la reparación del agravio causado, y cuando tiene derecho, en cambio a las dos cosas en lógica secuencia. No hay responsabilidad, en efecto, por el daño a un interés legítimo, como sí lo hay por el agravio a un verdadero derecho subjetivo, según casi unánime orientación doctrinal y jurisprudencial.

La afirmación no requiere casi de confirmación en el derecho italiano, donde la división de la jurisdicción administrativa en dos ramas está determinada — como se apuntó —, por la causa petendi de la demanda, según se alegue como violado un derecho subjetivo o un interés, a la vez que por el petitorio o pretensión misma, que en armonía con aquella causa, puede ser de resarcimiento cuando ésta es un derecho y de anulación — sin resarcimiento —, cuando es un interés. Es posible que un mismo acto viole simultáneamente un derecho y un interés, (por ejemplo: cuando los vicios del acto son no sólo de tipo formal — en cuyo caso hay interés ante el mismo —, sino también material, en cuyo caso hay un derecho violado, por ausencia total del poder para realizar el acto) y es posible alegar en dos juicios distintos esa doble violación. Pero, en todo caso, la acción de condena a un resarcimiento habrá de fundarse en la lesión del derecho, nunca en la de un interés legítimo. \*

Puede afirmarse lo mismo del sistema francés de justicia administrativa, donde hay dos tipos de juicio contencioso netamente separados y distintos en cuanto a órgano y procedimiento, llamados de plena jurisdicción y de anulación, que se distinguen por los poderes del juez en la decisión del litigio, según que pueda condenar a la Administración a daños y perjuicios, y, además, anular el acto violatorio, en cuyo caso la jurisdicción es plena; o según que pueda únicamente anular y no condenar al Estado, en cuyo caso la jurisdicción es de mera anulación. Aquí, como en Italia, y pese a importantes diferencias de orientación general en el instituto de la justicia administrativa, el derecho subjetivo está a la base de la acción de plena jurisdicción y el interés es el fundamento de la acción de anulación. ojo

El que tiene un derecho puede obtener resarcimiento y sentencia de condena contra la Administración, el que tiene un simple interés legítimo únicamente puede anular el acto administrativo ilegal. / ojo

La nueva ley de lo contencioso administrativo español (ya citada) regula estos dos tipos de pretensión sin darles



nombre específico, y en el artículo 42 expresamente advierte que para pretender, además de la anulación que prevé en el artículo 41, el "reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda", es preciso estar legitimado de conformidad con el inciso 2 del artículo 28 idem, que dispone:

"Si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados".

Este mismo artículo 28 inciso 1) contiene, por otro lado, una previsión que revela bien la diferencia que media entre la situación anterior y aquella en que el recurrente es titular únicamente de un interés:

"Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración. inciso 1): Los que tuvieren interés directo en ello".

Esta confirmación legislativa e institucional, de que la lesión del interés no funda responsabilidad civil del Estado, puede darse también en el campo doctrinal, donde son numerosísimas y muy autorizadas las opiniones en tal sentido.<sup>(1)</sup>

(1) Nos limitamos a un reducido número, como sigue: Enrico Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, pág. 321 y ste.:

En el caso, en vez, de responsabilidad por acto administrativo ilícito, la labor del juez debe ser más amplia, porque son varios y numerosos los requisitos necesarios para alcanzar una sentencia de condena. Deberán, en efecto, declararse: la existencia del acto o del hecho cuyas consecuencias se controvierten; la referibilidad del acto o del hecho a la Administración y no a la persona del funcionario que lo ha realizado; la ilicitud del acto o del hecho; la existencia de un

*importante*

La razón es clara, como se deducirá fácilmente de las líneas posteriores: el interés legítimo es una situación jurídica no protegida directamente por el derecho, en beneficio de su titular, sino solo a través de la protección del interés público, que se halla en conexión con el de éste. El daño al interés legítimo, de conformidad con ello, es económico pero no jurídico y no puede originar una obligación jurídica de reparación, que es la esencia de la responsabilidad civil.

*ojo*  
#  
entre  
int. leg.  
y des.  
subjet.

En razón de ello, el titular de un interés legítimo ofendido debe limitar su demanda a la petición de anulación del acto administrativo lesivo, sin invocar los daños y perjuicios causados ni pedir su reparación. Caso opuesto, el Juez deberá declarar sin lugar la demanda de reparación, indebida e infundadamente deducida. Donde hay interés legítimo hay derecho a anular el acto público e ilegal lesivo, pero no hay derecho a daños y perjuicios consecuen-

*ojo importante*

*ambos legítimo → Demanda.*

daño jurídico, consistente en la privación, disminución y alteración de un derecho subjetivo del administrado...".

Aldo Sandulli, Manuale di Diritto Amministrativo, pág. 496:

"De un daño jurídico se puede hablar únicamente en aquellos casos en los cuales se encuentra lesionado un interés que el ordenamiento protege y reconoce directamente; en los otros casos se tendrá a lo sumo un daño económico, pero no un daño jurídico. El daño jurídico (indemnizable) presupone necesariamente, en consecuencia, la lesión de un derecho subjetivo".

Landi-Potenza, Manuale di Diritto Amministrativo, pág. 298:

"El evento dañoso debe consistir en la violación de un derecho... nos parece, en consecuencia, que no debe reputarse reparable la lesión del interés legítimo ni —a fortiori— del interés simple..."

En contra y definiendo una posición netamente favorable a la indemnización por daño al interés legítimo, Zanobini, op. cit. pág. 343.

Debe advertirse que la tendencia actual del derecho francés es favorable al reconocimiento de la responsabilidad estatal por daño al interés legítimo, pero no por el agravio inferido al interés simple o de hecho (según la terminología que se explicará después).

Véase Geofge Vedel, Droit Administratif, pág. 271-272.

tes. Donde hay derecho subjetivo, hay derecho a la anulación del acto lesivo y a la reparación plena de la lesión.

Cabe advertir, finalmente, la íntima conexión lógica que hay entre derecho y obligación, por un lado, y deber e interés por otro. Pues, así como el derecho es el reverso lógico de la obligación, así el interés es el reverso lógico del deber, en el sentido técnico preciso que luego se explicará. Para establecer claramente la noción de interés, parece necesario, entonces, definir primero las de aquellas otras figuras jurídicas, que son el derecho subjetivo, la obligación y el deber.

### III. LA RELACION JURIDICA, EL DERECHO SUBJETIVO Y LA OBLIGACION.

① Una autorizada doctrina sostiene la bilateralidad como nota esencial del derecho. La bilateralidad de la norma jurídica significa que la misma regula la conducta humana mediante el empleo de dos juicios que se implican mutuamente: uno llamado atributivo que faculta a un sujeto para hacer algo, y otro llamado prescriptivo que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. Lo característico de la bilateralidad está en que, como se dijo, ambas normas se implican, aunque sólo una de ellas esté formulada, de modo que siempre que se atribuye expresamente un poder se impone implícitamente a otro un deber conexo, y viceversa. La regulación de una conducta sólo es jurídica, según ello, si obliga a un sujeto al mismo tiempo que faculta a otro, y lo hace coordinando la conducta de ambos, de modo que la del obligado sirva para hacer posible la del derecho habiente, o por lo menos para no hacerla imposible.

"La referencia (de la norma jurídica) a cada uno de los sujetos implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone el otorgar, al otro, el derecho de exigir el cumplimiento; del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro

*Bilateralidad del Derecho*

... otros) el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor"... "La fórmula completa de la regulación bilateral es la siguiente: dado el hecho jurídico, el pretensor tiene el derecho de observar cierta conducta y, correlativamente, el obligado debe asumir la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor" (Eduardo García Maynez, Lógica del Juicio Jurídico, Págs. 37 y 47).

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

• Relación jurídica es el vínculo que la disposición atributiva (del derecho) establece entre la persona a quien se permite tal o cual conducta y el (o los) obligados a observar las que hacen posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor (dueño del derecho)" (García Maynez, Lógica del Concepto Jurídico, Pág. 178).

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

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

Relación  
ojo  
ojo

\* "Derecho subjetivo es la posibilidad, concedida a una persona por una norma, de hacer u omitir lícitamente algo...  
En el derecho subjetivo la forma consiste en la permisión de un comportamiento, y el contenido en lo que en cada caso el titular puede lícitamente hacer o no hacer" (García Maynes, Lógica del concepto jurídico, Pág. 147).

ojo \* "El deber jurídico es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una acción o una omisión... El deber jurídico restringe la libertad de acción del obligado en cuanto le niega el derecho de omitir la conducta prescrita o el ejecutar la prohibida, y sólo le concede el de hacer lo que le manda omitir o el omitir lo que le veda" (García Maynez, ob. cit. Pág. 148).

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

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

La doctrina mejicana—de extraordinario desarrollo en la materia— ha elaborado los conceptos de derecho de libertad y de derecho de ejercicio obligatorio para afinar más aun la distinción entre derecho y deber, y separarlos

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

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

Según este resultado, pueden darse las siguientes definiciones del derecho subjetivo y del deber:

Es derecho subjetivo la autorización (de conducta) dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. Es deber la prohibición (de conducta) impuesta por la norma jurídica, que produce en el sujeto la necesidad jurídica de no hacer algo o la imposibilidad jurídica de hacerlo.

Creemos que el descubrimiento de los derechos de libertad y de los de ejercicio obligatorio permite afinar conceptos lógicos, pero resulta prácticamente irrelevante. Para efectos de definir el derecho subjetivo y el deber, puede

fundirse aquél con la libertad, y el deber con el derecho de ejercicio obligatorio. Es decir, pueden bien definirse estos conceptos como sigue: derecho subjetivo es la posibilidad normativa de optar entre la realización o la omisión de una conducta; deber jurídico es la necesidad de realizar una conducta, sin alternativa jurídica alguna.

## 2) CLASES Y NOTAS DEL DERECHO SUBJETIVO.

2-1) Lo más característico del derecho y de la obligación es su carácter bilateral y correlativo. Este significa que hay una coordinación entre las conductas objeto del derecho y de la obligación de la que nace un bien para el titular del derecho. Como dice la definición de García Maynez ya citada, "el obligado debe asumir (la conducta) que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor".

Las facultades, entendidas como autorizaciones de conducta, no se satisfacen ni son susceptibles de serlo; la satisfacción siempre es de un interés y el único dueño posible del mismo es el sujeto y no la conducta autorizada. Esto no significa que la definición anterior incluya al interés como objeto del derecho o del deber, sino que lo acepta como el fin de uno y otro. El objeto es aquello a que se refiere la autorización o la prohibición de conducta, y está siempre constituido por la conducta autorizada o prohibida. Pero el fin es aquella modificación que la conducta puede introducir en la vida social, y está siempre constituido por un fin humano, que tiene que ser un interés. El motivo que lleva a la ley a conferir un derecho es la suposición de que el sujeto titular puede llegar a tener una necesidad que se satisfaga con la conducta que es objeto del mismo. La relación supuesta entre esta conducta y esa necesidad, que es el interés legal, desempeña la función de fin del derecho subjetivo, inconfundible con su objeto.

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

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

Con este fin el derecho sólo puede autorizar la conducta propia del sujeto autorizado, o prohibir la conducta propia del obligado. Es imposible que la autorización tenga por objeto la conducta del obligado y no la del derecho habiente. No hay ni puede haber, en otras palabras, un derecho que consista —como afirma un egregio autor (Oscar Morineau, ob. cit., pág. 134, 138, 263, 277 y siguientes)—, en autorizar en favor del dueño del derecho la conducta del obligado. Esto sólo puede querer decir, o bien que el dueño del derecho está capacitado para realizar la conducta correspondiente al deudor, lo que resulta absurdo, o bien que está facultado para exigir la conducta del deudor, lo que implica que el objeto de su derecho es una conducta propia, la de exigir el cumplimiento del deber. La norma, en consecuencia, sólo puede contemplar dos tipos de situaciones en correlación: la autorización a la conducta propia, o la prohibición de la propia conducta. Todos los derechos son autorización a la conducta propia, y todos los deberes son prohibiciones de la conducta propia.

2:2) Desde este punto de vista, a todo derecho hace frente un deber general de abstenerse de perturbar la conducta que el derecho autorice. Este deber negativo acostumbra formularse con la vieja regla de que "nadie puede causar injustamente daño a otro", equivalente del latino



"naeminem non laedere", no dañarás a nadie. Ante la posibilidad genérica de desarrollar la conducta propia, sólo hay el deber genérico a cargo de todo el mundo de no impedir la conducta ajena autorizada.

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

2-3) Finalmente, es posible que la conducta propia que es el objeto del derecho se halle determinada por el sujeto obligado ante el que se da, y no ya por una cosa a ella sometida. Son estos derechos determinados por el sujeto pasivo, los que Morineau ha definido como autorizaciones de la conducta ajena, en fórmula poco feliz. Los derechos frente a un sujeto determinado son siempre y sólo pueden ser derechos a la propia conducta, exactamente como los derechos frente a un sujeto indeterminado. Pero, en el caso de aquéllos, la única característica que puede descubrirse es la de que la conducta objeto del derecho es una muy peculiar, y consiste en la recepción y disfrute de una conducta ajena.

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

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

*→ negatividad total  
x parte de todos.*

2-4) En sentido amplio, la bilateralidad del derecho cubre todas estas hipótesis, pero estrictamente concebida sólo puede referirse a los derechos relativos. Toda posibilidad de acción, cualquiera que sea, es correlativa de una prohibición que tiene por fin hacer posible la plena realización de aquélla, deber que es el genérico nomenin

9 <sup>es solo</sup> <sup>negativa total x parte de todos</sup> <sup>critica</sup>  
<sup>Solo abstencion => ideal</sup> <sup>de bilateralidad</sup>

non laedere a favor de todos y a cargo de todos. El mismo se traduce sólo en una abstención y sólo influye en el ejercicio del derecho correlativo, eliminando el obstáculo que puede impedirlo, pero no poniendo una condición indispensable para hacerlo posible. Dado este carácter negativo y, sobre todo, esta total independencia entre el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, en cuanto que éste no es necesario ni está específicamente coordinado a aquél, tal genérica relación no puede reputarse seriamente una forma de bilateralidad. Cabe afirmar decididamente, al menos, que la misma puede reputarse tal únicamente dentro del campo de la filosofía del derecho, pero no dentro de una disciplina jurídica particular —como la nuestra—, porque ahí es totalmente irrelevante a efecto de revelar en qué consiste precisamente el derecho envuelto en esa vaga y negativa forma de bilateralidad.

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

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

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

lleve a cabo, es tan vaga e inefectiva, que no debe reputarse verdadera relación jurídica. (2)

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

- a) Los que se dan fuera de una relación jurídica, que desde ahora llamaremos facultades, y que se caracterizan por su indeterminación, desde el punto de vista tanto del sujeto pasivo como del objeto a que se refieren.
- b) Los que se dan dentro de una relación jurídica y que se pueden dividir en:

(2) Las anteriores afirmaciones no contradicen el carácter jurídico del derecho subjetivo si se considera:

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

b).—Que, en tales casos, es posible explicar el carácter jurídico del deber, incluso si se admite que el mismo no integra una relación bilateral, y evitar su identificación con el deber moral, acudiendo a la idea de lo positivo. Se entiende por positividad el hecho de que la norma derive su validez de acto de autoridad social, o de un proceso humano de creación del derecho, regulado por otra norma. La validez de una norma jurídica y de las situaciones objetivas o subjetivas que de ella deriven, depende, según ello, de que la misma pueda referirse a otra norma anterior que regula su proceso de creación, y así indefinidamente hasta alcanzar la norma primera en el tiempo, de la cual dependen todas las demás: la Constitución (teoría kelseniana de la pirámide jurídica). Esto significa que lo distintivo del derecho como orden y como norma, y de las situaciones jurídicas, es el hecho de estar fundadas en otras normas que regulan su creación, mediante la disciplina de un proceso desarrollado por hombres cuya voluntad se estima superior a la de los otros para ese efecto; estos hombres son los gobernantes. No la bilateralidad, que eventualmente puede faltar, sino la positividad así entendida, como el carácter puramente formal del derecho en razón de su origen humano y del procedimiento para su creación, es lo que viene a ser nota esencial del mismo.

*Derechos personales*

- b-1) Determinados por razón de la cosa a que se refiere el derecho, y se llaman reales;
- b-2) Determinados por razón del sujeto pasivo del correspondiente deber, que se llaman relativos o personales.

Notas comunes a todos son las siguientes:

- a) Su objeto es siempre una conducta material y voluntaria, que sirve directamente a un fin personal del derecho habiente. Su función es, según se dijo, proveer a las necesidades de la convivencia; y de la misma puede deducirse el carácter material apuntado como único apto para procurar esa satisfacción en forma inmediata.
- b) La conducta autorizada, en razón de su carácter puramente material, es ineficaz para alterar la esfera jurídica (de intereses o de derechos) de otros sujetos, concreta y específicamente del obligado. El hombre que camina y respira, el propietario que cultiva su fundo, el acreedor que recibe el pago, no realizan un acto capaz para producir un efecto cualquiera de derecho, ni en su patrimonio ni en el de ningún otro sujeto.

Notas diversas fundamentales son las siguientes:

- a) Los derechos reales y personales pueden ser —aunque necesariamente ello no ocurra—, separados de la persona que los tiene, dado el carácter limitado y determinado de las conductas que autorizan (desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo del correspondiente deber). Es decir, el titular puede renunciar a la propiedad sin perder todo su patrimonio y conservando, en todo caso, la posibilidad de adquirir otro en el futuro; puede transmitir la finca y conserva igual posibilidad, además, de recibir el dinero del precio; y puede otro adquirirla por prescripción positiva, sin que con ello padezca

una total extinción de su patrimonio ni de la posibilidad de adquirirlo. Igualmente puede decirse del acreedor en relación con un determinado crédito. Los derechos reales o personales pueden ser renunciables, transmisibles, prescriptibles y agotables por su ejercicio (lo cobrado no se puede volver a cobrar, la finca vendida no se puede volver a explotar ni vender).

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

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

Las facultades, en cambio, se rigen en sistemas liberales por el principio de la libertad privada, que afirma como permitido todo lo que no está expresamente prohibido.

Resulta importante advertir que, dado el carácter material y jurídicamente irrelevante frente al público de la conducta objeto de la facultad (en el sentido técnico preciso enunciado) una reciente doctrina sostiene la posibilidad

dad de aplicar igual principio de libertad aun en el campo de la actividad pública del Estado, y permitir a éste la realización de toda clase de conductas materiales, mientras no violen leyes ni derechos, por el mero hecho de no hallarse expresamente prohibidas. Dado el carácter público de todos los fines del Estado y la aceptación del principio de libertad para su actividad privada, la única utilidad que la innovación tendría, sería la de permitir que el Estado ejecute toda clase de actividades materiales no reguladas ni prohibidas, sin ninguna conexión con actos anteriores regulados; se trataría, en otras palabras, de autorizar una actividad material autónoma del Estado. Creemos que mientras la misma no viole las leyes ni derechos anteriores, tal actividad y la tesis extensiva que la justifican, merecen de toda admisión.

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

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

#### IV. EL DEBER.

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

(400) \*Crítica  
Deber correlativo de de.

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

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

2) Varias hipótesis pueden darse, a saber:

2-1) Ya se advirtió, en primer lugar, que el deber típico es el de respeto a la conducta ajena autorizada. Es cierto que, por virtud del mismo, hay otro sujeto que puede actuar libremente, pero la relación es tan tenue en este caso, que resulta válido afirmar que dicha libertad puede ser impedida si aquél deber de respeto se incumple, pero no que sea posible por el cumplimiento de éste. La libertad de cada uno, las actividades materiales o jurídicas que cada uno desarrolla, son posibles porque el derecho las autoriza sin considerar relaciones particulares del sujeto autorizado con otros, aunque éstos puedan impedir esa posibilidad jurídica con una indebida interferencia. El deber de respeto, así entendido, es una condición negativa y por abstención, de



las facultades y potestades propias, nunca un correlato jurídico nacido y destinado para facilitar su ejercicio.

2-2) Pero es cierto, además, que hay deberes de varios tipos, según los intereses que tratan de realizar. Estos intereses pueden ser de un individuo o de varios; y, finalmente, pueden ser intereses abstractos que no corresponden a nadie en concreto, meras finalidades sociales perseguidas por la ley más allá de cualquier fin psicológico individual. En este último caso, la ley puede imponer el deber de lograrlas, pero queda imposibilitada para crear el derecho correlativo de exigir la conducta correspondiente, porque no hay individuo alguno que pueda titular el interés que amerita o justifica el conferimiento de esa posibilidad.

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

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

- a) Cuando se impone al Estado una obligación en beneficio de toda la colectividad, sin que la misma se refiera a una conducta divisible en favor de un sujeto o grupo determinado de sujetos; así, un transitorio de nuestra Constitución Política impone a la Asamblea la obligación de traspasar al Poder Judicial la totalidad de las funciones de justicia en manos de autoridades administrativas, mediante la creación de los tribunales correspondientes. Este vínculo se halla establecido en beneficio de toda la colectividad, y no hay particular alguno que pueda pretender o exigir de la Asamblea

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

- b) Cuando el Código Penal sanciona delitos y crea el deber de no cometerlos, sin otorgar a nadie el derecho a exigirlo. Es cierto que el Estado puede sancionar la comisión de delitos y que, en tal sentido, hay una potestad punitiva contrapuesta a la infracción del deber referido, pero tampoco en este caso puede hablarse de un derecho del Estado a la no comisión de delitos. Es decisiva al respecto la observación de que la potestad de penar nace cuando el deber ha sido infringido y que no puede, por ello, considerarse como un correlato del deber mismo, que es lógicamente anterior. La única explicación del fenómeno radica en admitir que el deber de no cometer delitos no corresponde a ningún derecho contrapuesto.
- c) Cuando el derecho administrativo crea deberes a los que sólo se enfrentan intereses de los particulares, sin facultad alguna para exigir ni asegurar su satisfacción. Es éste el aspecto más interesante del análisis del deber.

## V. LOS INTERESES.

### *Derecho e interés frente a la Administración*

1) La administración está sujeta a la ley y esta sujeción implica necesariamente la existencia de deberes a su cargo. Estos deberes pueden clasificarse en dos grandes

grupos, los que son correlativos de derechos de otro sujeto con un interés propio y distinto, y los que no tienen correlato alguno fuera del ámbito mismo de la Administración. Los primeros corresponden siempre a una posibilidad coordinada en otra persona para hacer o no hacer algo, posibilidad cuya realización está condicionada por la conducta misma de la Administración. Ejemplo típico son las llamadas garantías individuales, en lo que tienen de garantía. Las mismas significan un deber de abstención del Estado frente a la actividad particular, que forma la base indispensable para el ejercicio y despliegue de dicha actividad. Fuera de este campo fundamental, la Administración tiene múltiples deberes, a los que corresponden posibilidades de acción legalmente reconocidas a otros sujetos. El Poder Ejecutivo, que tiene empleados, está obligado a pagarles los salarios de ley por el tiempo de servicio prestado, y éstos pueden recibir y gozar ese pago, y, eventualmente, exigirlo ante los Tribunales (derecho de acción independiente pero conexo con el anterior); la Administración que realiza un contrato de obra pública y queda obligada a pagar el precio de la misma, ante el empresario constructor que tiene el derecho a recibir y exigir el pago. Se trata, en todo caso, de relaciones concretas entre Administración y particular, que facultan a éste para hacer o no hacer algo en relación con aquélla.

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

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

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

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

- a) Interés en conservar sus derechos actuales, ante las potestades de la Administración que eventualmente pueden suprimirlas;
- b) Interés en obtener derechos nuevos, ante las potestades de la Administración que pueden conferirlos discrecionalmente;
- c) Interés en que no sea favorecido el competidor, dentro de la vida económica o dentro de un concurso abierto por la Administración, ante las potestades que pueden beneficiar a terceros.

Desde este punto de vista, puede afirmarse que es posible un interés, tanto en el destinatario perjudicado por un acto administrativo, cuanto en el tercero no mencionado ni afectado por éste, que se halla en conflicto con el destinatario. Aparentemente, estas calidades de destinatario de un acto o de competidor del destinatario, son el fundamento

Post  
TUAR  
posic  
frente  
A ADM

del interés en el acto mismo. Este interés puede catalogarse entonces, como la ventaja jurídica (obtención o conservación de un derecho o facultad) o de hecho (debilitamiento del competidor) derivables de la acción administrativa no exigible por el particular.

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

En la hipótesis de coincidencia, el interés sirve de base para un derecho de acción, que tiene por objeto la anulación del acto administrativo ilegal. No deben confundirse, según lo dicho, el interés sustancial, el interés en la anulación del acto y la acción de nulidad. Las tres figuras son diversas e interdependientes, en el orden mismo de su enumeración. El interés sustancial violado por una ilegalidad administrativa provoca el nacimiento de un nuevo interés en la legalidad del acto, que sirve, a su vez, de supuesto para una acción de nulidad contra éste, sin que haya desaparecido todavía el interés sustancial originario.

En el evento de que la ventaja jurídica o de hecho en que consiste el interés esté garantizada con una acción de nulidad, para eliminar la ilegalidad cometida, cabe pregun-

farse por la diferencia entre esa ventaja o la posibilidad de disfrutarla, y el derecho subjetivo común. Son o no son la misma cosa?

Es igual en ambos la existencia de un deber a cargo de la Administración, de cuyo cumplimiento proviene la condición o la posibilidad de gozar esa ventaja. Así como de la obligación de pagar el salario proviene la posibilidad de recibir el pago, así de la obligación de mantener la igualdad entre los participantes en una licitación puede venir la adjudicación en favor del interesado. Es igual en ambos —derecho e interés— la posibilidad de anular el acto opuesto que los lesiona y viola simultáneamente la ley. En cuanto el derecho está tutelado por la anulación del acto ilícito que lo lesiona, el derecho puede ser tutelado en igual forma que el mero interés ofendido.

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

Es preciso, para contestar, delimitar el campo en que el interés pueda aparecer.

## 2) Diversos tipos de interés jurídico

2-1) En primer lugar, el interés se da frente al destinatario del acto administrativo. El interés puede consistir, en esta hipótesis, en una doble expectativa:

- a) En la obtención de un derecho nuevo.
- b) En la conservación de un derecho preexistente.

*1º Legítimo*  
*2º Subjetivo reglas Formales*  
*Formido motivo constante*

2-a) Ejemplo típico del primer caso es el de las licitaciones públicas, en que se disputa la obtención de un contrato con la Administración. La potestad de adjudicar no sólo depende de factores de apreciación discrecional, sino que

es, en Costa Rica, casi totalmente libre por la llamada reserva para declarar desierto el concurso, a exclusivo juicio de la Administración. No hay un particular concursante que pueda tener derecho a la adjudicación, aun si es el mejor, si la Administración juzga que tampoco llena —con todo y serlo—, el mínimo o el máximo de requisitos para un contrato adecuado al interés público. En esta hipótesis, sin embargo, todos y cada uno de los concursantes tienen interés en la observancia de la legalidad del trámite de la licitación, porque si otro resulta adjudicatario con violación de la misma, pueden recobrar su condición de concursantes, anulando la adjudicación y colocándose nuevamente en la posición de eventuales favorecidos. . Deb # 25

Es aquí donde se revela claramente la existencia de deberes a cargo de la Administración que no corresponden a ningún derecho del particular. La Administración no está obligada a adjudicar a nadie; pero sí lo está a observar las formalidades legales del concurso. Este deber ha sido establecido a cargo de los órganos que dirigen la licitación, en beneficio de interés público y para asegurar la mejor adjudicación posible. Es el Estado mismo, a lo sumo, quien puede pretender un derecho a esa legalidad, no los participantes interesados. La irrelevancia de dicho trámite para cada uno de éstos se descubre cuando se advierte que el mismo puede conducir eventualmente a favorecer al competidor, si éste resulta legítimamente favorecido; y todavía más, si se piensa que la anulación de una adjudicación ilegal tampoco garantiza por sí misma el interés del reclamante, porque la decisión nueva que sustituya la anulada puede darse en beneficio de un tercer competidor, que ha hecho mejor oferta que él. Puede llegarse al extremo de una nueva adjudicación en favor del primer adjudicatario, si la nulidad se fundó en simples violaciones de trámite que dejaron intactas en beneficio de éste las razones de fondo que llevaron a la primer decisión.

El deber de la Administración de observar la legalidad en el trámite no asegura la adjudicación del contrato a ningún concursante, sino la mera eventualidad de la misma. Es posible constatar, entonces, que el particular tiene una expectativa frente a la Administración en la hipótesis que analizamos, por doble razón: a) porque la ley de forma y de procedimiento no regula una conducta de la Administración capaz por sí misma para procurar una satisfacción al administrado; b) porque la conducta final de la Administración que puede producir esa satisfacción y reputarse como un bien autónomo para el administrado, es discrecional en cuanto a contenido o motivo y, por eso mismo, puramente eventual. (W. Trip)

X Ruede afirmarse que aquella expectativa es un interés legítimo del particular. La regla general subyacente es la de que una de las formas del interés legítimo se da o bien cuando el particular puede exigir de la Administración una conducta que no le sirve directamente para llenar sus necesidades, o bien cuando puede eventualmente obtener sin exigir una conducta discrecional que sí tenga para él ese carácter de utilidad sustancial, exigiendo el cumplimiento de la ley que regula la organización de la Administración y el procedimiento y la forma de sus actos. El carácter discrecional y el carácter formal de estos últimos, en relación con un derecho nuevo solicitado o buscado por el particular, representa la causa del interés en ellos y en el derecho que de ellos puede surgir.

Al revés, hay un derecho subjetivo en el particular que solicita un acto de la Administración cuando el mismo representa una utilidad autónoma y sustancial para sus necesidades, y el particular puede exigirlo —y no solo esperararlo— por ser aquel precisamente reglado en cuanto a motivo y contenido. En esta hipótesis el particular puede obtener de la Administración lo que quiere con toda seguridad, y lo que obtiene representa un bien por sí mismo dentro de su patrimonio.



¿cómo se resuelve el int. legítimo?

El vehículo de satisfacción que tiene el interés legítimo es la legalidad administrativa. El cumplimiento de la ley que regula los actos discrecionales y sus aspectos de forma, conduce eventualmente a satisfacer aquel interés, y el incumplimiento puede frustrarlo. Mientras el interés en la legalidad administrativa queda íntegro y necesariamente satisfecho con la anulación del acto ilegal, el interés en la conducta favorable de la Administración queda siempre a la espera de lo que ésta haga después de esa anulación, en relación con lo pedido por el administrado. La anulación del acto condiciona pero no satisface el interés sustancial en la conducta final de la Administración, pedida o buscada por el particular. Sólo esta última logra ese resultado, pero si es discrecional puede o no darse.

Es posible encontrar un interés frente a la acción administrativa discrecional, no sólo mirando a las normas que regulan la forma y el procedimiento de esa acción, sino también hacia aquellas que limitan el uso de la discrecionalidad misma, en la determinación de motivo y de contenido. Esto quiere decir que la discrecionalidad no es arbitrariedad y que está siempre limitada por reglas de lógica y de justicia, que exigen un mínimo de racionalidad en su empleo y que prohíben —aunque expresamente no lo digan— los actos evidentemente contrarios a ellas, por absurdos, por gravemente injustos o por desproporcionadamente ineficaces. Un acto que viola en tal grado las reglas de la buena administración, en el juicio sobre su motivo y contenido discrecionales, viola también la ley, porque ésta exige que siempre haya un mínimo de interés público en toda conducta administrativa, y el mismo falta cuando no se da en absoluto su adecuación a la necesidad que satisface. Es posible, según ello, mantener un interés frente a la acción administrativa discrecional, no sólo en cuanto la misma está sujeta a reglas de forma, sino también en cuanto está limitada por reglas de fondo, sobre la apreciación de su motivo y contenido.

Reserva. 002

2-b) Es posible, en segundo término, que el interés tenga por objeto la preservación de un derecho, ante una potestad discrecional extintiva de la Administración. Ejemplos típicos: el caso de la expropiación, el del despido del empleado, el del rescate de la concesión administrativa, etc. En esta hipótesis, a diferencia de la anterior, hay un derecho del particular que le otorga una posibilidad de acción, conferida por la ley o por un acto administrativo, pero sometido a condición resolutoria, consistente en un acto extintivo de la Administración. La doctrina italiana afirma que todo derecho, salvo casos excepcionales como el de la vida, está condicionado por el ejercicio de potestades administrativas opuestas, principalmente la expropiación y la revocación. La expropiación de los derechos originarios, derivados de la Constitución o de la Ley, y la revocación de los derechos derivados de acto administrativo (como la admisión, la concesión, la autorización, el nombramiento, etc.)

El derecho subjetivo se convierte en simple interés cuando es suprimido por el ejercicio de una potestad contradictoria de la Administración, como las mencionadas. El derecho transformado en interés, después de suprimido, o el interés proveniente de la supresión de un derecho, acostumbra llamarse derecho debilitado (diritto affievolito).

¿En qué condiciones es posible esa transformación y el nacimiento del derecho debilitado, del interés legítimo que sustituye al derecho perfecto?

La doctrina italiana, con muy autorizados voceros en cada parte, se ha dividido al respecto y hay tesis — como se verá — que afirma que el derecho subjetivo nunca se debilita (affievolisce) ante un acto administrativo ilegal, sea discrecional o reglado, sea formal o material el vicio que lo ataca. En un estado liberal está permitido todo lo que no está prohibido y todo acto ilegal prohíbe aquello que, si hubiera aplicado la ley, habría tenido que permitir en la circunstancia en que se dió. La exposición más detallada de esta postura doctrinal se hará posteriormente.

EL TO ACTO ADM

La doctrina dominante en Italia sostiene, sin embargo la posibilidad del fenómeno descrito, consistente en la degradación del derecho perfecto a interés legítimo, llamada derecho debilitado.

Para su fundamentación, la jurisprudencia y los autores han desarrollado una importante distinción entre los elementos del acto administrativo, desde el punto de vista de su influencia en la formación del mismo.

La distinción se hace entre elementos formales y materiales, precisos o imprecisos (discrecionales o reglados) del acto administrativo opuesto al derecho del particular. Son elementos formales la forma y el procedimiento, y elementos materiales el motivo y el contenido, que indican y definen la competencia para realizar el acto. Estos últimos pueden ser, a su vez, precisos si están reglados en forma exacta por la ley, e imprecisos si lo están a través de conceptos vagos e indeterminados, de interpretación subjetiva que permite la discrecionalidad.

El derecho del particular se debilita ante un acto administrativo desfavorable, cuando éste se funda en un poder legal que justifica la superioridad del interés público sobre el privado en el caso concreto. Si, en cambio, el acto no puede imputarse a un poder que lo autorice, el derecho del particular sobrevive y no se convierte en interés. El problema es, entonces, saber cuándo hay poder para actuar a la base de la conducta administrativa negativa.

Se afirma al respecto, que hay un poder para realizar un acto administrativo capaz de suprimir derechos del individuo, exclusivamente cuando se dan regularmente los elementos materiales precisos y reglados del mismo: motivo, contenido y —naturalmente— titularidad de la posibilidad para actuar (competencia). En estas condiciones y con estos elementos, el acto administrativo no sólo puede reputarse tal, sino bien fundado en un título anterior, que es el poder de realizarlo en perjuicio del particular. Si, en cambio, hay un vicio o falta de uno cualquiera de esos elementos mate

riales, se da una disconformidad fundamental con la ley que regula el acto, que impide considerarlo como autorizado en el caso.

En general, la inexistencia del poder por falta de los elementos materiales apuntados impide que el acto pueda destruir el derecho subjetivo opuesto, que no se convierte en interés legítimo. En tanto que el mal uso del poder por defecto en el procedimiento o la forma, o por inoportunidad del contenido, no impide la eficacia extintiva del acto y degrada a interés legítimo el derecho preexistente.

Es preciso hacer una importante advertencia al respecto. Lo dicho sobre elementos materiales supone que estos son reglados y precisos, de conformidad con la ley. En la hipótesis de que el motivo o el contenido del acto sean discrecionales, por imprecisión en su regulación legal, los mismos deben reputarse existentes siempre que hayan sido bien apreciados y determinados, en uso de aquella discrecionalidad. Si en uso de la potestad de elección que ésta aparece, se ha optado por una determinación razonablemente adecuada y oportuna dentro de las circunstancias, el acto será sustancialmente legal, aunque no sea el mejor posible, y ante el mismo sólo cabrá un interés en su anulación por otras razones (de tipo formal, por ejemplo) pero no un derecho a la conservación del *status quo*.

La discrecionalidad tiene un límite, que emana de reglas no escritas de lógica y de justicia, tan imperativas como las escritas. Todas se pueden resumir diciendo que el acto administrativo debe estar motivado y dirigido al interés público, cuando menos en un grado mínimo que condiciona su validez. Dicha adecuación entre el acto y su fin, desaparece cuando no se da siquiera un mínimo de racionalidad ni de justicia en el uso de la discrecionalidad administrativa. La violación burda o manifiesta de dichas reglas no escritas, en la apreciación y determinación del motivo o del contenido discrecionales del acto administrativo, impide considerar éstos últimos como existentes y puede equi-

*Requisitos de*  
*deberes*

parar a una violación de la ley escrita. Aunque ésta no contiene la expresión de aquellos principios, se deben entender incorporados a su mandato dentro de cada caso concreto y en vista de las circunstancias del mismo.

Si el acto viola las normas elementales de lógica y de justicia en la determinación de motivo o de contenido, falta una condición precisa de la ley para la existencia de éstos y puede considerarse que aquél no está fundado en una potestad que lo capacite para destruir el derecho del particular. Un acto así realizado resulta impotente ante el derecho del administrado, que se conserva sin degradarse a interés legítimo.

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

1) Cuando el acto reúne todos los requisitos reglados de índole material, competencia, motivo y contenido. En este caso el particular pierde su derecho y adquiere un interés legítimo en que sean observadas las reglas de forma sobre procedimiento y modo de manifestación de la voluntad administrativa, y el derecho consecuente de anular el acto que viole dichas reglas. Si falta alguno de tales elementos el derecho no desaparece ante el acto administrativo opuesto, aunque el mismo haya observado todas las formas y formalidades necesarias, porque falta el poder legal para producir dicho efecto extintivo.

2) Cuando el acto reúne dichos elementos materiales, aunque sean discrecionales, si han sido determinados con un mínimo de adaptación al fin público que el acto persigue, aunque este último no sea el mejor ni más oportuno para ese efecto. Si, en cambio, el uso de la discrecionalidad ha sido abusivo en la determinación del contenido y del motivo (el fin y la competencia son siempre reglados) el acto tampoco puede reputarse fundado en un poder y

pierde toda eficacia para extinguir y transformar en interés el derecho subjetivo opuesto.

Los derechos subjetivos sobreviven ante el acto que carece de alguno o algunos de los elementos materiales reglados que se dijo, o discrecionales determinados por debajo del apuntado mínimo, aunque haya sido cabalmente cumplido el procedimiento y observada la forma de manifestación del acto.

Ley a Lógica

El interés legítimo nace, entonces, cuando el único vicio del acto desfavorable es formal (forma, procedimiento) o de mérito, por inoportunidad que no sea burda ni implique una gruesa violación de la lógica o de la justicia.

substantivo  
legítimo

Si hay competencia, si hay un motivo de interés público en la realización del acto, si el mismo se realiza con el contenido legal para el caso, ~~el mismo se realiza con el contenido legal para el caso~~ y para el fin legal, es obvio que hay poder y derecho en la Administración para realizarlo, aunque, por otro lado, haya cometido gruesas violaciones en la observancia de los trámites y en la forma de expresión, necesarias para la manifestación del acto mismo. En tales condiciones, el derecho del particular —de propiedad, de libertad, etc.— cede ante el de la Administración a realizar el acto ofensivo y queda reducido a mero interés en anular el acto ilegal por violación de la ley de forma, sobre procedimiento y modo de manifestación de la voluntad administrativa. El derecho se transforma en interés a la legalidad formal de la actividad administrativa.

Inversamente, cuando falta alguno de los elementos materiales, aunque se hayan observado las reglas de forma, el acto carece de un poder que le dé base, y puede reputarse como una invasión injustificada del derecho del particular. Esta invasión no sólo es ilegal —como cuando se viola la ley de forma del obrar administrativo—, sino que es impotente para invadir la esfera particular, porque la misma sólo se comprime ante un derecho opuesto y superior de la Administración, que en el caso no existe. Si la

Administración no tiene poder para comprimir el derecho del particular y lo hace, el derecho del particular se conserva y sirve más bien como un límite rígido a la actividad administrativa ilegal. De este modo, hay un derecho violado —y no un simple interés— cuando la Administración ha actuado en el caso sin observar los límites de competencia, de motivo y de contenido, y se ha limitado a observar las reglas de procedimiento y de forma impuestas a su conducta.

*Causa anula*

\* 2-2) En segundo término, los intereses son posibles cuando el interesado entra en competencia con un tercero, que a su vez es destinatario de un acto administrativo. En tal hipótesis, el interesado tiene interés no ya en observar u obtener un derecho para sí, cuanto en evitar que sea conferido a su competidor.

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

- a) Conferimiento de una ventaja a un tercero competidor o agente de una actividad en algún modo perjudicial al interesado;
- b) Confirmación de un derecho de este tercero, mediante acto que se abstiene de suprimirlo;
- c) No imposición de una obligación a dicho tercero, mediante acto que deniega esa imposición.

ilegal por falta o defecto en sus elementos formales o materiales, la actividad administrativa impugnada por terceros no mencionados en su texto genera únicamente un interés de estos en su legalidad y en su anulación, nunca verdaderos derechos a su favor. En esta hipótesis las leyes y los deberes consiguientes siempre producen deberes a cargo de la Administración a los que sólo se enfrentan intereses en su cabal cumplimiento, de parte de los terceros reclamantes.

Los ejemplos de este tipo de interés son muchos en la doctrina y forman el reducto inexpugnable de esta entidad jurídica, hasta ahora no conocida en nuestro sistema. Se han mencionado ya los casos del participante vencido en una licitación, del postulante a empleado del Servicio Civil, que no ha logrado ser incluido en la terna ni —si lo fue— obtener el nombramiento final. Pero pueden agregarse otros ejemplos que demuestran la amplitud del concepto de interés en la doctrina. Así, el dueño de una casa de habitación colindante con una industria insalubre por las emanaciones o ruidos incómodas que produce, que ha sido ilegalmente autorizada sin observancia de los requisitos reglados de acondicionamiento o dentro del perímetro prohibido de la ciudad, dicho propietario tiene interés en la anulación del permiso de explotación respectivo, que favorece a su vecino y le perjudica a él.

No hay ley que garantice el particular que no habrá industrias insalubres ni ruidosas en su vecindad inmediata, sino únicamente regulaciones administrativas que garantizan que cuando las haya y se ponga en peligro la salud pública habrá una intervención administrativa que las eliminará. No obstante, motor de esta intervención puede ser el individuo, y no el Estado, cuando aquel se encuentre en tal relación de coincidencia con el interés público, por su especial situación de hecho respecto de la falta cometida contra la salud o la higiene, que sea se-



guro que esté tan deseoso de reprimirla como el Estado mismo. Tal coincidencia entre el interés público protegido directamente por la norma y el interés privado, ha llevado a la doctrina a llamar "ocasionalmente protegidos" o "reflejos" este tipo de intereses que ahora examinamos, a diferencia de los otros, precedidos de un verdadero derecho suprimido mediante un acto opuesto de la Administración que se llaman derechos debilitados o condicionados (por dicho acto administrativo contradictorio).

que  
reflejos  
el 3º  
de la  
relevancia  
del acto.

### 3) Titularidad (legitimación) del interés

licitación - expropiación

En el caso de estos últimos intereses, los derechos debilitados o condicionados, su titularidad nace obviamente de la del derecho preexistente suprimido por el acto ilegal que se impugna (ilegal por la forma o el procedimiento). Pero en el caso de los intereses ocasionalmente protegidos, que se dan ante los actos destinados a un tercero respecto del interesado, cuál es el fundamento o causa del interés? Parece haber quedado claro que en esta hipótesis la coincidencia del interés privado, con el público, por la especial situación de hecho del interesado, es el motivo de que aquél adquiera relevancia y existencia jurídica; el propietario puede reclamar contra la instalación de la fábrica insalubre y peligrosa porque es precisamente el vecino colindante y no otro cualquiera; y un industrial competidor puede reclamar contra esa misma fábrica, en razón de habersele prohibido instalarla a él mismo, con trato desigual y privilegiado en favor del otro y en su perjuicio.

Son estas especiales situaciones de hecho—intuitivamente claras— las que aseguran una conexión entre el interés público y el privado, y el derecho a promover la nulidad de la acción administrativa, simultáneamente en beneficio de ambos. Pero esta claridad no pasa de ser intuitiva; decir que hay interés siempre que tal coincidencia se dé, es dar un criterio sumamente vago de lo que aquél

es y condenar a la oscuridad a toda jurisdicción contencioso administrativo que pretenda conocer un criterio seguro para detectar su existencia.

Las dos teorías que mejor han logrado explicar lo que se llama la legitimación en materia de intereses, cuya función es atribuir la titularidad de los mismos con todos los derechos consecuentes, han sido ideados por los profesores Alessi de Bologna y Cannada Bartoli de Catania Italia.

a) Para este último autor no existen los derechos debilitados o condicionados, que son verdaderos derechos y no intereses. Sea cual sea el vicio del acto que ilegalmente viola un derecho anterior, este sobrevive esa ilegítima invasión y produce la potestad de repeirla mediante una acción que podrá encaminarse eventualmente no sólo a la anulación de aquel, sino además, al resarcimiento del daño causado. El derecho sigue siendo derecho y nunca se convierte en mero interés por obra de un acto ilegal. Todavía más: para que el derecho exista ante la acción administrativa ilegítima, basta esa ilegitimidad en relación con el destinatario inmediato del acto irregular, porque en virtud del principio de libertad propio de los sistemas liberales (consagrado en C. R. por los artículos 9 y 28 de la Constitución Política) el individuo tiene derecho a no sufrir sino la actividad estatal expresamente autorizada, y la actividad ilegal de la Administración está prohibida. De aquí el derecho del particular no sólo a anularla sino a recobrar su plena libertad ofendida por tal invasión irregular, incluso con reparación de los daños causados. No importa si por falta de elementos formales o materiales, si por falta de competencia y de motivo, o por defecto de la forma y del procedimiento, todo acto administrativo ilegal viola un derecho y no un simple interés, cuando va dirigido precisamente a comprimirlo o suprimirlo, en razón de su misma ilegalidad. (Eugenio Cannada Bartoli. La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica Amministrazione, págs. 147, 148, 149. En apo-

yo de esta doctrina igualmente Sebastiano Cassarino, Le  
Situazione Giuridiche, págs. 290, 291, 292)

Para esta postura doctrinal los intereses se dan única-  
mente en el campo de la protección ocasional o refleja;  
sólo los intereses de este tipo son verdaderamente tales.  
Y el índice de su existencia, la causa de su protección, fue-  
ta o sin la cual los intereses son incapaces de consecuen-  
cia jurídicas que los manifiesten, es la existencia de un de-  
recho subjetivo anterior, cuyo desarrollo indirecto preten-  
den. El interés sería, entonces, la ventaja a obtener de la  
anulación de un acto administrativo destinado a un ter-  
cero respecto del interesado (reclamante) que viola un dere-  
cho subjetivo perfecto de este último, en forma refleja e indi-  
recta. El que tenga un derecho indirectamente perjudicado  
por la conducta ilegal de la Administración puede reclamar  
su nulidad, porque tiene un interés en la restauración de  
ese derecho; el que no lo tenga, carece también de inté-  
rés y de legitimación para establecer la acción de nulidad  
correspondiente. El autor supe algunos ejemplos, de fá-  
cil trasplante a nuestro sistema:

"Se ha referido inadmisibile el recurso (contencioso ad-  
ministrativo) contra el visto bueno puesto a un contrato  
y contra la resolución que decide no abrir de nuevo la li-  
citación, si (el recurso) había sido establecido por quien  
no tenía todos los requisitos necesarios para poder parti-  
cipar en la licitación que pedía se abriera de nuevo; la  
inadmisibilidad del recurso depende, en este caso, del  
hecho de que el recurrente no había demostrado (la exis-  
tencia de los requisitos que lo habrían legitimado) el de-  
recho a participar en dicha licitación. La misma razón ha  
hecho retener como admisible que los propietarios de una  
casa con vista a una belleza panorámica impugnen la li-  
cencia edilicia que autoriza la construcción de una obra dis-  
cordante con ese panorama: resulta muy claro el vínculo  
entre el interés hecho valer y el derecho de propiedad  
(sobre la casa indirectamente perjudicada) (Eugenio Can-  
nada Bartoli, Il Diritto Soggettivo como Presupposto dell'

Zanobini

Interesse Legittimo, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, abril-junio 1953, págs. 351, 352).

\* De este modo, sería dueño de un interés legítimo en la interposición del contencioso administrativo no sólo el competidor dentro de un concurso abierto por la Administración, sino todo aquél que tenga un derecho indirectamente perjudicado por un acto administrativo ilegal dictado frente a otro y en beneficio de este otro.

Punto débil de esta doctrina, continúa siendo, sin embargo, la relación de conexidad entre el derecho lesionado y el acto administrativo, que se dice indirecta. De momento parece claro que esa relación es indirecta y produce un interés, cuando el acto no tiene por objeto el sacrificio o disminución del derecho en cuestión, y que, por ello mismo, el dueño de éste no es el destinatario del acto. Pero, fuera de esta determinación puramente negativa, en qué condiciones debe relacionarse indirectamente un derecho con un acto administrativo, para producir un interés a impugnarlo en el titular de aquél?

b) Es quizá, por esta regresión a una idea puramente gradual y cuantitativa, que todo lo hace depender del tanto de proximidad entre el derecho lesionado y el acto lesivo, que otra doctrina ha intentado explicar diversamente la causa de un interés.

Esta doctrina que sustenta la opinión dominante en Italia, reputa interés toda aquella ventaja real garantizada ocasional o indirectamente por una norma, directamente orientada a la realización de un interés público determinado. (Guido Zanobini, Corso de Diritto Administrativo, tomo I, pág. 189). El interés sería:

"Un interés individual estrechamente conexo con un interés público y protegido por el orden solamente a través de la tutela jurídica de este último".

Pero la determinación de la dirección de una norma, de la intención tutelar del legislador, el saber qué ha quedado como meta y resultado de la aplicación de la ley,

son de casi imposible conocimiento y, en todo caso, de gran imprecisión lógica. Ello es así aun recurriendo a la ya clásica distinción, aludida en la exposición de motivos de la reforma constitucional que ahora comentamos, entre normas de acción y normas de relación, perfeccionada por Enrico Guicciardi en una obra agregada sobre Justicia Administrativa, pero ideada desde mucho antes por el mismo Zanobini, justamente para explicar la anterior definición de interés.

En síntesis, norma de relación es la que define los derechos y obligaciones recíprocos entre la Administración y el particular, y tiene por fin el garantizar a éste un margen de propiedad y de libertad ante el Estado; su nota fundamental está en que produce situaciones jurídicas bilaterales, compuestas de derechos a los que corresponden obligaciones estatales, o, al revés, de obligaciones del administrado correlacionadas con derechos del Estado. Se trata, en otras palabras, de normas como las que imponen al Estado el pago de los sueldos al funcionario, o de la indemnización al expropiado, etc.

Cuando se viola una de estas normas naturalmente se viola un derecho del particular; si la violación ha sido de una obligación a cargo del Estado.

Pero, mantiene esta doctrina, hay normas dirigidas exclusiva y directamente a proteger el interés público abstracto de la comunidad (salud, higiene, buenas finanzas, eficiencia, imparcialidad, riqueza, etc.), sólo indirectamente y de reflejo, el interés del particular. Estas normas son las que regulan el procedimiento, la forma y en general todos los elementos del acto administrativo, excepción hecha del motivo, que es la causa inmediata del derecho de la Administración a actuar en el caso concreto, y de la competencia, que es la causa abstracta y puramente legal. Estas normas de forma y de fondo del acto administrativo, dada su finalidad exclusiva o principalmente pública, no van destinadas al particular sino exclusivamente al funcionario y producen deberes a cargo de éste que no son correlatos de

norma abstracta

derechos en cabeza de aquél. La violación de estas normas, dada su finalidad pública, produce una lesión al interés público pero no al privado, que, por lo tanto, nunca puede hacer valer frente a ella ningún bien propio herido, que esté directamente protegido por la norma. Nunca puede, quiere decirse, hacer valer un derecho subjetivo. ]

Así, a las normas de relación y su violación corresponde el derecho subjetivo; y a las normas de acción y su violación el interés legítimo privado, indirectamente protegido.

Se trata, como se ve, de la doctrina ya antes formulada sobre la existencia de los derechos debilitados, bajo nombres y con fundamentos diversos. Pero la misma está expuesta a una fundamental objeción: las normas de relación son el fundamento y antecedente de las de acción, que se limitan a regular el modo de ejercicio de las potestades y derechos del Estado ante el particular. En tal sentido, la primera norma de acción es la que prescribe que el ejercicio de esas potestades se realice de conformidad y en absoluto respeto de lo mandado por las normas de relación que las confieren y les fijan sus límites, y, necesariamente, de acuerdo con la ley propia de ese ejercicio, que es la única que garantiza la legalidad en las relaciones con el Estado. La norma de acción que regula el ejercicio de las potestades administrativas viene a ser también una norma de relación, porque la de este último tipo que crea dichas potestades exige que sólo puedan ejercerse de conformidad con la ley, precisamente para garantizar al particular el respeto a sus derechos y potestades frente al Estado. Al cabo de esta reducción, se retorna a la concepción de Cannada Bartoli negativa de los derechos debilitados o condicionados, que afirma como única forma de interés jurídico la de los intereses ocasionalmente protegidos o reflejos. En síntesis, se ha logrado explicar oscuramente cuando es posible un interés (cuando se viole una norma de acción y no una de relación) pero no cuando es posible atribuirlo a alguien en particular, individualizando su titular.

La doctrina del derecho subjetivo como presupuesto del interés, cumple a este respecto mejor función que la de las normas de acción y de relación, que no permitan saber cuándo alguien está colocado en estrecha conexión de hecho con el interés público perseguido por una norma de acción.

✶ El profesor Alessi ha propuesto en breves palabras su solución propia. Para detectar e individualizar el interés, y atribuirlo a alguien en concreto, hay que buscar la aptitud objetiva del bien que la norma garantiza al sujeto en cuestión para satisfacer sus necesidades en forma autónoma y directa, o meramente en forma dependiente de otra conducta puramente eventual de la Administración. No se trata, en otras palabras, de indagar la intención y la dirección de la ley, sino la aptitud objetiva de la conducta que ésta impone a la Administración para llenar por sí misma y en forma directa una necesidad del reclamante.

[ "No es mirando a la norma y a su siempre incierta intención (de tutelar o no directamente intereses individuales, como se acostumbra decir) que se puede llegar a saber si se trata de derechos subjetivos o de intereses legítimos: lo que se debe analizar es la objetiva idoneidad del deber impuesto por la norma para garantizar una utilidad directa e inmediata al individuo, o nada más una utilidad meramente instrumental representada por la legalidad de la actividad administrativa". (La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi riflessi nel campo del diritto pubblico, Rivista Trimestrale cit. pág. 333).

Más claro: hay derecho cuando la ley otorga al particular una posibilidad de obtener de la Administración una conducta que pueda satisfacer sus necesidades en forma inmediata e indirecta, como el pago del salario, de la indemnización por la expropiación pública, del precio de una obra estatal contratada, etc. Y hay intereses, simplemente, cuando la conducta que la Administración debe realizar es incapaz para lograr ese resultado, porque o bien es la obediencia a una ley sobre forma y procedimiento que por sí

=> ~ necesidad de la norma que garantiza el resultado v. z. conducta q' satisface (respeto) y [de conducta v. la posibilidad de su realizac.

nada garantiza al reclamante; o bien es la obediencia a una ley de fondo, que permite la discrecionalidad sobre el motivo, el momento y el contenido del acto ya que autoriza a la Administración a abstenerse tanto como a actuar en directo beneficio del particular, a su libre elección; o bien regula todos los aspectos del acto pero en relación con un destinatario que es tercero frente al reclamante, y únicamente asegura a éste que no se habrá de conceder ventajas a aquél, sin depararle ninguna utilidad inmediata ni directa a él mismo.

Llámase interés a esta posición jurídica del hombre frente a una Administración sujeta a deberes, que no garantizan ni otorgan al particular la posibilidad de recibir ni de reclamar de aquella un bien determinado (cosa o servicio).

177  
q' al sustituirse se pueda v. dar 1 beneficio al reclamante de 1. de preest. 2. a. a. a.

En esta hipótesis el máximo de protección conferida por la norma al interés individual consiste en la posibilidad de anular la conducta administrativa ilegal, para abrir la expectativa de que no se repita en ninguna forma si era perjudicial para el reclamante, o de que se repita en forma más favorable, si había sido benéfica. El interés se individualiza siempre que la conducta administrativa que eventualmente pueda sustituir a la primera, ya anulada, pueda deparar un bien que por sí satisfaga directamente las necesidades del reclamante. Objeto del interés, sin embargo, es únicamente la anulación del acto ilegal, no la conducta sustitutiva y útil de la Administración, que tenga aquella virtud. Alessi llama a todo interés un interés instrumental en la legalidad de la administración: instrumental porque sirve para preparar la satisfacción de otro interés, que es el que se refiere a la conducta final y favorable de la Administración, sin tener por objeto esta conducta; y en la legalidad de la administración, porque tiene por objeto la anulación de un acto inválido.

He aquí que la tesis de Alessi significa, más bien, la concepción del interés como un instrumento al servicio del derecho futuro y todavía no nacido, en tanto que la de Canadano Bartoli representa una idea igualmente instrumental



Handwritten scribbles and lines on the left page.

Alessi  
Canadano



del interés pero en beneficio de un derecho preexistente, que es su raíz y fuente verdadera. Así, esta última doctrina sirve mejor su propósito porque indica quien puede en la actualidad tener un interés, con vista del derecho o situación jurídica del reclamante al momento de la demanda; mientras que la tesis primera de Alessi, que entiende aquél como un interés a una utilidad puramente instrumental, mira hacia un derecho posible y derivado de la actividad administrativa, que es incierto no sólo en su nacimiento sino también en el contenido concreto que puede presentar una vez efectivamente otorgado.

[ De todas las doctrinas que intentan no sólo explicar la noción del interés sino, además, individualizarlo, la que mejor abarca y precisa el tema es la de Cannada Bartoli, que lo concibe como la emanación y el escudo protector del derecho subjetivo, en los confines de éste donde ya su titular no puede responder ni actuar directamente, sino sólo a través de la conducta administrativa, por carecer de una posibilidad de acción propia reconocida por la norma que le permita tutelar sus necesidades. )

#### 4) Intereses de hecho

a) Cuando se trata de intereses o ventajas de hecho por derivar de la observancia por la Administración de las reglas del arte de gobierno, de tipo moral, político técnico y, en general, no jurídico, que son la sustancia y el medio mismo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa. [ Los intereses ante el ejercicio legal y razonable de ésta por la Administración carecen totalmente de tutela, en cuanto no corresponden en absoluto a un deber jurídico de aquella cuya violación dé lugar a la anulación del acto correspondiente. ]

Mientras la autoridad observe los límites legales de la discrecionalidad, el más o el menos de oportunidad en su conducta es indiferente para la validez del acto administrativo, porque éste es siempre legal en esas condiciones.

b) Los intereses que no corresponden a derecho subjetivos previos, y, sobre todo, los que corresponden a todos y cada uno de los miembros de una colectividad, uti universi, sin individualización alguna frente a la situación real o jurídica de cada uno de éstos. Ejemplos: el interés en la buena conservación de las calles, en el buen alumbrado de éstas, en el buen cuidado de los parques públicos, etc.

#### BIBLIOGRAFIA GENERAL.

Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad, José Luis González Berenguer Urrutia, Revista de Administración Pública, número 37, pág. 157.

La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, Manuel Francisco Clavero Arévalo, Revista de Administración Pública, número 30 pág. 105.

La desviación de poder en el Derecho Español, Sebastián Martín Retortillo, Revista de Administración Pública, número 22, pág. 129.

Exceso de poder como vicio del acto administrativo, Sebastián Martín Retortillo, Revista de Administración Pública, número 23, pág. 83.

Le pouvoir discretionnaire, Jean Claude Venezia, pgs. 13 a 43.

Intorno a la genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranelli, E. Cannada Bartoli, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, abril-junio de 1969.

Il diritto soggettivo come presupposto dell' interesse legittimo, E. Cannada Bartoli, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, abril-junio 1953.

Lacrisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico, Riv. Trim. Diritto Pubblico, abril-junio 1953.

Diritto suggestivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale, Elio Casetta, Riv. Trim. Diritto Pubblico, julio-setiembre 1952.

Diritti fatti valer come interessi, Italo Bologna, Rivista Trimestrale Diritto Pubblico, enero-marzo 1958.

Le situazione Giuridiche, Sebastiano Cassarino Giuffre, especialmente págs. 269 a 297.

La tutela giudiziaria del cittadino verso la Pubblica Amministrazione, E. Cannada Bartoli, Giuffre, especialmente págs. 68, 86, 87, 94, 95, 147 y 151.

La Giustizia Amministrativa, Enrico Guicciardi, CEDAM, especialmente págs. 1 a 75 y 424 a 459.

Corso di Diritto Amministrativo, tomo 1, Guido Zanobini, Giuffre, especialmente págs. 183 a 210.

Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, traducción Garrido Falla y Legaz Lacambra, especialmente págs. 291, 332, 333, 334 y 263 a 374.

Lógica del Juicio Jurídico, Eduardo García Maynez, Fondo de Cultura Económica, especialmente págs. 27 a 57 y 166 a 186.

Lógica del Concepto Jurídico, Eduardo García Maynez, Fondo de Cultura Económica, especialmente págs. 145 a 191.

Oscar Morineau, Estudio del Derecho.