

Naturaleza y contenido de la libertad jurídica

Juan DE STEFANO*

SUMARIO:

1. Teoría que identifica la libertad con la esfera de la actividad irrelevante.
2. Teoría que identifica la libertad con la esfera de la actividad permitida.
3. Teoría del *status libertatis*.
4. Actividad libre como actividad lícita.
5. Concepto de derecho subjetivo en la doctrina más reciente.
6. Derecho público subjetivo.
7. La libertad como facultad de elección entre conductas jurídicamente posibles.
8. La elección acerca del "sí", "cuál" y "cómo".
9. La diferencia y los límites que distinguen la libertad de la discrecionalidad.

* Universidad Central de Venezuela, Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Profesor jubilado. Dedico este trabajo a la memoria del jurista Luis Castro Leiva.

1. TEORÍA QUE IDENTIFICA LA LIBERTAD CON LA ESFERA DE LA ACTIVIDAD IRRELEVANTE

La doctrina formulada por los autores alemanes y desarrollada por los italianos, en lugar de concebir la libertad como esfera de actividad indiferente, la concibe como esfera de actividad irrelevante. La determinación del concepto de irrelevancia está referido al opuesto concepto de relevancia jurídica. La opinión, que se puede considerar tradicional en doctrina, entiende por relevancia jurídica la productividad de consecuencias jurídicas, o más bien la atribución por parte del Derecho de efectos jurídicos a una determinada "facticidad".

Por facticidad se entiende una presentación abstracta de un determinado hecho jurídico. Por ejemplo: el contrato con reserva de dominio es una *fattispecie*, es una categoría de negocio jurídico; dentro de esta categoría abstracta de negocio jurídico "contrato con reserva de dominio" en la práctica se tiene una serie de contratos con reserva de dominio, que son tantos actos concretos, por encima de los varios detalles. Sin embargo, guardan una fisonomía constante en virtud de la cual tales actos concretos que se realizan en la práctica pueden subsumirse en la categoría abstracta del contrato con reserva de dominio disciplinado por el Derecho. Por lo tanto, la *fattispecie* sería el contrato con reserva de dominio así como ha sido concebida por el derecho en sus elementos típicos. Por *fattispecie* se entiende la categoría abstracta de todos los actos jurídicos, contratos, instituciones formulados no sólo por la doctrina, sino también por el ordenamiento jurídico.

Para que un acto sea relevante, no es necesario que deba producir efectos jurídicos, es suficiente que el acto sea válido. En los actos jurídicos hay que distinguir conceptualmente estos dos aspectos, el de validez y el de eficacia. Se puede tener un acto jurídico que es válido, por cuanto en sí están llenos los requisitos y elementos que el ordenamiento jurídico prevé, para que el mismo pueda atribuirse a una *fattispecie*. Este acto, a veces, no porque es válido, produce automáticamente efectos jurídicos. Para que lo produzca el ordenamiento jurídico puede condicionarlo a un determinado hecho jurídico. Por ejemplo: un contrato que está sometido a una condición suspensiva o resolutoria, a un término. Tal contrato es perfectamente válido, al cumplir los requisitos y elementos, que prevé el ordenamiento jurídico, para que pueda subsumirse bajo la *fattispecie* que han querido las partes. Sin embargo, el mismo produce sus efectos jurídicos sólo en un tiempo posterior.

Ahora bien, al pasar del punto de vista estático al dinámico del derecho, se puede decir que existe la relevancia, cuando habiéndose perfeccionado una situación concreta de hecho con vista del esquema normativo, se obtiene la calificación jurídica que le permite al derecho pasar de potencial al actual. El caso típico es el contrato sometido a una condición suspensiva, resolutive o bien a término. El contrato es válido, tiene en sí los elementos para que pueda producir los efectos jurídicos, pero se vuelve actual sólo al verificarse esta condición, o al llegar a su término, puede producirlos efectivamente.

Por lo tanto, para que se tenga relevancia, es necesario tener el concurso de dos elementos: previsión por parte de una norma de una *fattispecie*, y existencia de una *fattispecie* concreta correspondiente a la abstracta prevista por la norma.

Ahora bien, por lo que atañe a la libertad, si ella se concreta en una facultad prevista por el derecho, no podrá hablarse de una irrelevancia, esto es, si la libertad está prevista por una norma abstracta, no se puede decir que ella es irrelevante para el derecho. A la misma conclusión se puede llegar aún si queremos adherirnos a la concepción tradicional de relevancia, entendida como productiva de efectos jurídicos. En efecto, ¿cómo se puede afirmar que de la actividad libre no se derivan obligaciones y derechos respecto a determinados sujetos, cuando se debe admitir una obligación general de no turbativa e impedimento relativamente a la misma actividad, que el titular de esta libertad ejerce?

Las tentativas que se han realizado para superar estas dificultades no han dado resultados satisfactorios. Así se puede decir para aquellos que quisieran objetar la existencia de una semejante prohibición, al observar que para unas acciones que caen en las esferas de la libertad no es concebible una acción turbativa, mientras para otros la turbativa está permitida sólo dentro de los límites en que la libertad del uno se concilia con la libertad del otro sujeto. Si se quiere admitir la existencia de libertades frente a las cuales la acción turbativa es imposible, reconocer que para determinadas libertades la acción turbativa está permitida por el derecho dentro de determinados límites, esto demuestra que el derecho interviene en primer término para permitir la acción turbativa; en segundo término para establecer los límites dentro de los cuales esta turbativa es tolerable; y en tercer lugar interviene para prever las sanciones, en el caso de que tal acción turbativa, al superar tales límites, impida al titular de los derechos de poder gozar y ejercer sus facultades.

Por lo tanto, esto demuestra que no se puede decir que frente a algunos derechos de libertades, la acción turbativa es posible, al permitir la el derecho dentro de determinados límites, porque todos estos casos están para demostrar que el ejercicio de estas actividades libres se resuelven en actividades relevantes para el derecho. Por el simple hecho de que frente a estas libertades, el derecho puede permitir dentro de unos límites una acción turbativa, da a demostrar que dichas facultades libres, lejos de ser irrelevante para el derecho, están consideradas por el mismo para advertir dentro de cuáles límites es tolerante que terceros puedan turbar su ejercicio.

Otra tentativa para superar esta dificultad ha sido cumplida por los que han considerado que la esfera de libertad, normalmente irrelevante, se vuelve relevante para el derecho sólo si ella resulte violada a consecuencia de una conducta ilícita de un tercero. En efecto, sólo en este caso surge a favor del titular de la libertad la pretensión de que se sancione al tercero, que le impide el goce y ejercicio de su derecho de libertad. Por ejemplo, el derecho de propiedad, el cual en el ejercicio de las varias facultades que se derivan de este derecho, el titular puede gozar y usufructuar de sus bienes de una forma amplia, y frente al goce lícito del titular del derecho de propiedad, los terceros están obligados a respetarlo con la obligación general de no turbar ni impedir su ejercicio.

Ahora bien, según esta doctrina se quiere afirmar que cuando el titular del derecho de propiedad ejerce sus facultades, por el hecho de que los terceros no turban ni impiden el ejercicio, estas facultades que ejerce el propietario resultan irrelevantes para el derecho, y el derecho de propiedad se vuelve relevante sólo en los casos, en que los terceros impiden al titular de ejercer sus facultades.

Esto no es admisible, porque sería lo mismo que decir que el derecho de propiedad se vuelve relevante para el ordenamiento jurídico sólo en los casos de violaciones por parte de terceros. En realidad, frente a las facultades libres que ejerce el titular en el ámbito de sus derechos de propietario, se tiene un aspecto positivo dentro del cual se resuelven las innumerables facultades, que el propietario puede actuar en el ámbito de su derecho, y estas facultades que son libres, porque no están individualizadas por el derecho, siempre son relevantes para el mismo. Esto es, las facultades del propietario no se vuelven relevantes para el derecho, sólo si los terceros le impiden tal derecho de propiedad. Las facultades libres, que se derivan del ejercicio normal del derecho de propiedad.

son siempre relevantes y tomadas en consideración por el derecho, sin necesidad de que los terceros las violen e impidan de ejercerlas.

Por lo tanto, esta corriente doctrinaria, por la cual la concepción de libertad se resuelve en una esfera de actividades irrelevantes para el derecho, no ha ofrecido una explicación satisfactoria, por cuanto aquellas facultades o actividades que serían irrelevantes; al contrario, en potencia siempre están previstas por el derecho como facultades libres, y tal es verdad que cada vez en la dinámica de las relaciones sociales, en el ámbito de los asociados, algunos de estos terceros impiden o violan el ejercicio de estas facultades libres, el derecho les atribuye sanciones. Y esta previsión de sanciones que el derecho le atribuye al ejercicio de las facultades libres, está a demostrar que ellas, lejos de ser irrelevantes para el derecho, están siempre previstas por el ordenamiento jurídico.

2. TEORÍA QUE IDENTIFICA LA LIBERTAD CON LA ESFERA DE LA ACTIVIDAD PERMITIDA

La teoría más aceptada por los juristas es la de la libertad jurídica entendida como esfera de las acciones ni ordenadas, ni prohibidas, sino permitidas por el ordenamiento jurídico, y a las cuales para el particular no corresponde un *Sollen* "deber" una *Können* "poter", sino un simple *Dürfen* "permiso".

Ahora bien, esta teoría da por resuelto un problema que, al contrario, en la teoría del Derecho es muy controvertido, a saber, el problema de la admisibilidad en el ordenamiento jurídico de las normas permisivas y de su naturaleza jurídica. El debate acerca de las normas permisivas se puede afirmar que se planteó ya en la época romana, cuando el jurista Modestino afirmó que el poder de la Ley consistía en mandar, en prohibir, en permitir y en punir. En estos términos el jurista agotaba la gama del contenido de las normas jurídicas, por cuanto al analizar la aplicación de dichas normas se puede constatar que ellas ordenan, prohíben, permiten y castigan. Con vista de la heterogeneidad de las normas punitivas, y con vista de que estas normas podían incluirse en las más generales de las imperativas, se eliminó la categoría de las normas punitivas planteada por Modestino, y se determinó que las normas jurídicas podían repartirse en tres categorías: normas preceptivas, normas prohibitivas y normas permisivas. En época moderna se dijo que tanto las normas prohibitivas como las normas preceptivas

podían ser consideradas como dos especies de un mismo género, que era la categoría general de las normas imperativas y, por lo tanto, a través de esta sucesiva elaboración doctrinaria del siglo XIX, de la cuatripartición de Modestino se ha llegado a la bipartición: normas imperativas y normas permisivas. Las normas imperativas, a su vez, se repartían en dos subespecies de normas preceptivas y normas prohibitivas pero las categorías generales que no se podían suprimir eran la de normas imperativas y la de normas permisivas.

Al llegar a este estado, los juristas en virtud del carácter imperativo que atribuían a todo el ordenamiento jurídico empezaron a considerar, si dada la naturaleza imperativa del Derecho existía un lugar también para las normas permisivas. Por lo tanto, se debatió si se podía aceptar o incluir en el ordenamiento jurídico estas normas permisivas que, en definitiva, se resolvían en una contradicción del carácter imperativo inherente al Derecho objetivo. En efecto, para la corriente doctrinaria que admite la imperatividad del Derecho objetivo, no es conciliable la coexistencia en este Derecho objetivo de las normas permisivas.

Al contrario, para la opuesta doctrina por la cual las normas se resuelven en juicios hipotéticos, según la teoría de Zitelman, o más bien en juicios de valores, según la doctrina de Kelsen, no cabe duda que las normas permisivas pueden perfectamente integrar el Derecho objetivo, y pueden coexistir con las normas imperativas, por cuanto entrañan unos juicios de valores que se resuelven con caracteres distintos y diferentes de las normas imperativas.

Al aceptar la segunda doctrina, por la cual las normas se resuelven en juicios hipotéticos y, sobre todo, de valores, ya la tripartición clásica de normas preceptivas, prohibidas y permitidas viene sustituida por la bipartición de acciones lícitas y de acciones ilícitas.

De modo que los términos se desplazan, a la tripartición de las normas prohibitivas, preceptivas y permisivas, o bien de normas imperativas y permisivas, se llega a los términos de acciones lícitas o ilícitas. Lícita es toda conducta que es conforme a la ley y por ella directa o implícitamente amparada; ilícita es toda conducta contraria a la ley, y a ella atribuye efectos negativos.

Ahora se considera el problema que, al atribuir carácter imperativo al Derecho objetivo, en la práctica a estas normas permisivas, aun cuando no de una forma evidente sino de manera implícita, les atribuyen tam-

bién una naturaleza imperativa. Esta doctrina, al atribuir como esencia propia, conlleva al Derecho la imperatividad, dice que las normas permisivas no son tales, por cuanto en ellas mismas, se encuentra, aun cuando de forma implícita y no evidente, unas órdenes y la asignación de amoldar las propias actividades en un sentido más bien que en otro. Lo único que se encuentra es que en este tipo de normas mal denominadas permisivas, a los destinatarios se les atribuye un ámbito de discrecionalidad que, al contrario, faltaría en las normas imperativas propiamente dichas.

La mejor definición de las normas permisivas consiste en que ellas atribuyen capacidades, potestades y derechos, autorizando acciones u omisiones; de ellas brota indirectamente también la obligación para los demás sujetos de no impedir u obstaculizar la actividad de los que utilizan estas acciones permisivas. Empero, esta obligación de no turbar y de no impedir por parte de los terceros es ya según Santi Romano, un momento consecuencial y secundario, pero el núcleo principal y esencial de esta definición reside en que las normas permisivas tienen por fin directo el de atribuir capacidades activas, potestades, derechos, autorizando acciones u omisiones¹.

Por otra parte, estas normas, al atribuir un derecho, una facultad a una determinada persona, implica para los demás sujetos la obligación de respetar la acción permitida: por lo que estas normas permisivas llevan un carácter imperativo para los terceros. Ha sido puesto en evidencia que tales normas ofrecen dos facetas: mientras en el lado interno que concierne a la esfera de la libertad se revelan normas permisivas que garantizan un ámbito, en que es lícito cumplir sendas acciones, las cuales no son ordenadas, ni prohibidas; del lado externo que concierne a los terceros son normas prohibitivas, por cuanto interdicen a las demás todo acto, que podría invadir o turbar las esferas que son llamadas a tutelar.

Por lo que se refiere a la naturaleza de estas normas denominadas permisivas, se ha opinado que ellas en definitiva quitan un impedimento preexistente, o excepcionalmente que el destinatario, una vez que se encuentra en una determinada situación, pueda alejarse de las normas permisivas. En otros términos, se dice que estas normas permisivas pueden resolver-

¹ Santi Romano. *Corso di diritto amministrativo*. Cedam, Padua, 1937, p. 30; y del mismo autor: *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 83-85.

se en normas con carácter imperativo, porque no hacen otra cosa que, o eliminar un impedimento preexistente, o poner excepciones a normas imperativas que son obligatorias para todos los destinatarios.

Les voy a hablar sobre las teorías que consideran el contenido de las llamadas actividades permitidas, y éstas pueden reunirse en cuatro corrientes principales. Según la primera corriente, ésta asigna a lo permitido el significado más extenso y lo identificaría con lo no contrario al derecho, y comprendería todo lo que no contradice a una norma jurídica, aun si aquella dada conducta no está prevista como facticidad por las mismas normas.

Los que sostienen esta corriente hacen resaltar que, aun siendo frecuente la coincidencia entre permitido y no prohibido, el primer término no se agota en el segundo por la existencia de casos, en los cuales ninguna obligación incumbe a los terceros relativamente a una actividad permitida. En otros términos, de varios casos permitidos ni surge una pretensión a favor del titular que los cumple, ni una obligación a cargo de los terceros. Sin embargo, ha sido objetado que el concepto de lo permitido así concebido se manifiesta del todo superfluo, por cuanto coincide con el concepto de lo lícito. En realidad, si permitido equivale a no contrario al derecho, va observado que no contrario al derecho es no sólo lo permitido, sino también lo comandado; por lo que si se adhiere a la acepción tan extensa de permitido, que equivale a no prohibido, no se advierte en base a qué caracteres lo permitido vendría a distinguirse de la categoría frente a la cual se contrapone de lo comandado.

Según otra corriente, no sólo lo permitido se identifica con lo no prohibido, sino que existe siempre a favor de la actividad permitida una obligación de no estorbar a cargo de terceros, por cuanto si se considerara lo contrario, la actividad permitida no podría considerarse lícita, sino no jurídica, y ésta sería un no derecho. Pero, la ecuación permitida no prohibido, lejos de ofrecer indicación acerca de la calidad y el contenido de la actividad permitida, expresa sólo una delimitación espacial en el ámbito del ordenamiento jurídico. En efecto, se trata de una delimitación puramente negativa que asigna a la actividad permitida y, por lo tanto, a la libertad de la zona que queda fuera de las normas imperativas. Ahora bien, no se ha demostrado porque se trata de una zona jurídica y no de una zona de hecho y, sobre todo, no se explica el fundamento de la obligación general de no estorbar y de no impedir (*alterum non laedere*), que ampara la actividad permitida.

Se ha observado que, al explicar tal obligación general y al incluir en el campo del derecho la actividad permitida, puede considerarse suficiente suponer la existencia de una norma general no escrita implícita en todo ordenamiento jurídico, la cual dispone que está permitido lo que no está prohibido, por cuanto, a prescindir del hecho que no se trataría propiamente de una norma, sino de la aplicación en el campo del derecho del principio lógico "una acción o está prohibida o no lo está", necesitaría precisar después la naturaleza de esta pretendida norma.

Una tercera doctrina considerada clásica en la ciencia del derecho público ha sido formulada por Jellinek en su monografía "Sistema de los Derechos Subjetivos", y se esfuerza de captar la íntima naturaleza de lo permitido, al poner una distinción entre dos distintas actitudes que el ordenamiento jurídico puede asumir frente a la actividad humana: *Er-lauben*, permitir, consentir, *Gewahren*, acordar, conceder. Mediante la primera actitud el ordenamiento jurídico no haría que consentir la posibilidad psíquica del individuo para actuar independientemente del Estado. Toda la actividad que se agota en el ámbito de esta capacidad natural del individuo, con tal que sea susceptible para producir efectos jurídicos relevantes sobre los demás, constituiría en el conjunto de sus manifestaciones lo permitido jurídico. Al contrario, a través de la segunda actitud, el ordenamiento jurídico añade a la capacidad de actuar del particular algo que el mismo por su naturaleza no posee, otorgándole la pretensión que algunos actos sean reconocidos como jurídicamente existentes y amparados por el Estado.

Otra teoría acerca de la actividad permitida se debe al jurista alemán Somlo, *Juristische Grundlehre*, Lipsia, 1927, *Doctrina Jurídica fundamental*. Éste, convencido de la insuficiencia de las normas imperativas para dar razón de la esfera permitida, y no queriendo desconocer a las normas jurídicas el carácter imperativo que les es propio, al lado de las normas imperativas de mando pone otra categoría que él denomina "normas de promesa", o "promisorias", las cuales, a su vez, se distinguen según que tengan por contenido una actividad, o una omisión, del Estado. Es precisamente en esta última categoría de normas, esto es, en las normas de promesa que tengan por contenido una prestación negativa o una omisión por parte del Estado que encontraría su fundamento la esfera de lo permitido y, en general, de la libertad jurídica.

Ahora se ha objetado: al fundamentar la libertad sobre las normas promisorias, se ofrece el lado a la misma crítica ya propuesta contra la

doctrina que quiere identificar la libertad con la esfera de la autolimitación, por cuanto si las normas de promesa tienen por destinatario al Estado, ellas no pueden crear sino obligaciones del Estado hacia sí mismo. Se ha objetado también que la promesa cual manifestación de una intención concierne a un momento metajurídico, mejor dicho, a un momento anterior al campo jurídico y, por lo tanto, no puede la promesa, tal como se verifica para el deseo y la exhortación, constituir el contenido de una verdadera norma jurídica. Por ejemplo, si el Estado en una determinada época, a través de sus órganos legislativo o ejecutivo declara que no emanará una ley que imponga limitación alguna de expresión, religión, culto determinado, por eso sólo no puede decirse que una determinada religión, en este Estado está permitida, mientras antes estaba prohibida. Por otro lado, a pesar de esta promesa emanada por el Estado a través de sus órganos legislativo y ejecutivo, esto no excluye que cambie el régimen político o cambie el ordenamiento de este Estado, y la nueva clase dirigente no continúa acatando esta promesa. Los que resultarían afectados por esta falta de cumplimiento de los órganos estatales pueden recurrir ante los órganos jurisdiccionales, y pedir que se respete tal promesa. Al respecto se ha observado que de la misma manera el Estado podría no acatar los principios políticos o programáticos, que estén contenidos en las declaraciones de derecho. En efecto, al analizar un texto constitucional, al lado de verdaderas normas que imponen obligaciones y derechos a favor de los ciudadanos y del Estado, hay también una serie de disposiciones que por su naturaleza, por su contenido se resuelven en unas manifestaciones programáticas.

Una constitución según el régimen liberal-burgués contiene principios que enuncian el programa fundamental conforme al sistema liberal democrático. Estas disposiciones están expresadas de modo genérico, de modo que la clase dirigente puede actuar a través de conductas y acciones distintas, siempre quedando en el ámbito del programa liberal. Así acontece frente a un Estado que tenga su constitución ordenada según el régimen socialista. Como para el mismo sistema socialista no hay una unilateralidad de criterio, este Estado queda en el ámbito del régimen socialista, aún si los principios programáticos de su constitución vengán interpretados y aplicados a través de una gama de acciones y conductas distintas. En efecto, se puede pasar de un socialismo democrático a un socialismo que sin identificarse con el comunismo, tiene más afinidad con éste que con un socialismo democrático.

Cuando se dice que la categoría de las normas promisorias formulada por Somló llevaría implícita una contradicción, por cuanto la promesa no puede ser tomada como base o contenido de una norma jurídica, se está poniendo en tela de juicio también la categoría de las disposiciones programáticas, contenidas en las constituciones. En efecto, los Estados no están haciendo que imponer a sí mismos una serie de límites, para que toda la vida jurídica, política y social de su colectividad nacional se desenvuelva con vista al acatamiento de los principios del régimen socialista, o del régimen liberal-burgués.

Si por un golpe de Estado, o por cambio de la opinión pública, se tiene una sustitución de una constitución por otra nueva, que deroga o abroga los principios programáticos de la constitución anterior, ya nos encontramos en la dinámica que es típica del progreso cívico y político del Estado mismo. En efecto, los Estados de derecho empezaron con una constitución, que acogía los principios ventilados por la Ilustración y acatados por la Revolución Francesa. Las primeras constituciones liberal-burguesas sucesivamente evolucionaron con la recepción de una parte de los principios socialistas. La clase dirigente de la burguesía empezó a hacer concesiones a los movimientos de opinión pública socialista, a través de la recepción en los textos constitucionales de algunos principios socialistas. Tal recepción se acentuó después de la Primera Guerra Mundial, y todavía más en la segunda posguerra. Por lo tanto, los textos constitucionales de los Estados modernos han tenido una evolución constantes: los principios liberales coexistentes con algunos principios autoritarios de los regímenes pasados, se fueron ampliando a favor de la democracia y del sistema liberal.

Después, a tales principios liberal-burgueses empezaron a añadirse algunos de los principios socialistas hasta llegar a la actual estructura de las constituciones de los Estados modernos, donde los principios socialistas tienen alguna prevalencia sobre los anteriores, que subsisten como un residuo de lo que era el sistema constitucional anterior.

Por lo tanto, no se puede aceptar que las promesas, al comprender una obligación que los órganos estatales se dan a sí mismos para las actividades venideras, no pueden tomarse como contenido de normas jurídicas. En ellas hallamos una serie de obligaciones que el Estado se pone para asegurar cuál es el rumbo que él dará a su actividad legislativa y a los actos de la propia administración pública.

3. TEORÍA DEL *STATUS LIBERTATIS*

Vamos a hablar sobre la libertad jurídica como *status libertatis*. Hay autores que dicen: el ejercicio de la actividad se traduce en una situación personal del titular y, por consiguiente, da lugar a un *status libertatis*².

El derecho romano determinó el *status iuris* del ciudadano romano con la diferencia de que en este derecho el *status* sería la posición del ciudadano en el ámbito del derecho público romano. Aquí, al contrario, se ha querido construir el *status*, con aplicarlo a las actividades que el titular puede desarrollar sin limitaciones, sin restricciones.

La teoría del *status libertatis* toma su origen de la conocida teoría cuatripartita de Jellinek en su monografía *Sistema de los derechos subjetivos*. Ésta ha sido la primera entre otros estudios y monografías sucesivas, tales como la de Santi Romano, Richter, Thoma y otros autores que han rectificado y objetado esta concepción jurídica de Jellinek. Éste concibe el *status* de la libertad como una situación negativa que contrapone a otros tres *status*, en los cuales el particular viene a encontrarse frente al Estado, a saber: *status* pasivo que sería de sujeción *status subjectionis*; el *status* positivo *status civitatis* de la ciudadanía simplemente considerada; y el *status* activo que sería *status activae civitatis*.

Hay que tener presente: en dicha teoría Jellinek considera el *status libertatis* desde el punto de vista negativo, lo contrapone a los otros tres *status*, que configuran la situación del particular frente al Estado, que sería un estado pasivo de sujeción, un estado positivo y otro activo de la ciudadanía.

Con referencia al *status* de la sujeción, ha sido objetado que la sujeción al Estado y al derecho es propia de toda relación jurídica y no de algunas solamente. Al contraponer el *status subjectionis* al de libertad se agotaría en este caso el campo de la personalidad y ningún puesto quedaría para los restantes dos *status*. También se ha dicho que *status*

² Jellinek, *Sistem der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, pp. 87 y ss. Hauriou, *Precis de droit constitutionnel*, p. 96. Raselli, *Del concetto di status e dalle sue applicazioni nel diritto processuale*, Studi Senesi, XIII, pp. 157 y 336. Thoma, *Des system der subjektiven rechten öffentlichen*, en *Handbuch des deutsche Staatsrecht*, II, pp. 619 y 620.

subjectionis, civitatis y activae civitatis no son que manifestaciones de un más amplio *status civitatis*.

Por encima de las varias opiniones se puede decir que los que han tratado el tema concuerdan sobre dos puntos fundamentales: el primero es que *statu* tiene carácter social, porque expresa la participación del particular al grupo social, que puede ser el Estado, la familia o una corporación; el segundo es que *status* aun no siendo un derecho subjetivo, constituye un *prius*, el origen, la síntesis de derechos y obligaciones. Sin embargo, las dos características no parecen suficientes de por sí, para construir una categoría jurídica autónoma de *status*, por cuanto mientras la primera (el *status* presenta un carácter social) expresa sólo un aspecto exterior del concepto *status*, la segunda (*status* constituye un *prius*, el origen, la síntesis de derechos y obligaciones) de por sí es insuficiente para dar una idea exacta de *status*. En efecto, no basta afirmar que *status* no es un derecho, o es un *prius* o un después de los derechos, necesita captar también su esencia y delimitar los caracteres, para distinguir la categoría de *status* de las otras categorías jurídicas.

Entre las varias teorías que se han formulado para captar la naturaleza de *status*, se pueden delinear tres tendencias fundamentales. La primera dice que *status* es una particular relación jurídica; la segunda lo concibe como una jurídica; la tercera lo considera como una calidad de la persona. Frente a la primera tendencia se objeta que afirmar que *status* es una particular relación jurídica, no es suficiente para atribuir una autonomía a esta relación jurídica y no confundirla con las demás. El simple afirmar que *status* es una particular relación jurídica no justificaría la autonomía de tal categoría, porque no sería que una relación que tiene carácter social y constituye el *prius* o síntesis de los derechos. Además, tener un carácter social y constituir el *prius* u origen de los derechos y obligaciones no es una característica única de *status*, ella es inherente a todas las relaciones jurídicas.

Tampoco es suficiente afirmar, como hace el jurista italiano Cicu, (*Il concetto di status*, en *Studi giuridici en honor a V. Simoncelli*, Nápoles, pp. 61 y ss.) que, en la hipótesis de *status* se trataría de relaciones jurídicas que tienen carácter de necesidad y permanencia, porque estos dos caracteres son más bien propios de los derechos de personalidad y familia, a los cuales el concepto *status* los civilistas lo aplican, y no siempre subsisten frente a los varios *status*.

Tampoco satisface la segunda tendencia que concibe el *status* como una situación jurídica subjetiva preliminar a cualquier relación, de la cual el ordenamiento enviste al sujeto frente a sí mismo, y cuyo contenido es un ser y no un haber. Al respecto ha sido observado que toda situación jurídica subjetiva es situación de un sujeto en el ordenamiento jurídico, y no situación frente a este ordenamiento: contraponer un sujeto a un ordenamiento, considerar el primero como hallándose frente al segundo puede tener sentido sólo si por sujeto se entiende no una entidad jurídica, sino un substrato de hecho, es decir, si la entidad se piensa en alguna fase prejurídica. Ni parece legítima la distinción entre ser y haber si por ser se entiende la situación estática y por haber la dinámica. En efecto, toda categoría jurídica se puede concebir en sentido estático y en el dinámico, sin que existan categorías esencialmente estáticas o dinámicas.

La tercera tendencia, la que concibe *status* como una calidad jurídica de la persona, supone la previa determinación de que se entiende por calidad personal. Antes de poder aceptar o no, la tercera tendencia es necesario definir previamente la calidad personal. Ahora bien, tanto si por ésta se expresa una actitud, posición o condición profesional del sujeto en el ordenamiento jurídico, como si por calidad personal se designa la titularidad de uno o más derechos subjetivos, esta calidad personal en el caso de que se la entienda en el primer término, o se la conciba en el segundo término, lejos de representar una categoría jurídica autónoma, constituye una síntesis verbal para abarcar un conjunto de relaciones de derecho imputables a un sujeto jurídico, o bien para determinar un supuesto material que condiciona la eficacia de la facticidad subjetiva. En conclusión, parece que la categoría jurídica de *status* no puede calificarse diversamente que como punto de imputación de un conjunto de derechos y obligaciones. Tal imputación no se concibe en el sentido de que él constituya, como comúnmente se sostiene, una fuente de semejantes derechos y obligaciones, sino en el sentido que está unido a una relación jurídica a la cual pertenecen derechos y obligaciones.

Por lo tanto, el *status* no es propiamente una entidad jurídica autónoma, sino una categoría instrumental, funcional, de la cual el jurista se sirve para designar un conjunto de derechos y obligaciones inherentes a determinadas relaciones jurídicas, en las cuales se encuentra el sujeto.

Una vez aclarado el concepto de *status*, no será difícil demostrar que este concepto no puede utilizarse para constituir la libertad jurídica.

En efecto, ha sido relevado como *status libertatis* puede ser concebido y admitido solamente en el Derecho Romano, dentro del cual existían personas que no constituían sujetos de derecho, pero en el derecho moderno, en el cual no existe una situación jurídica de libertad contrapuesta a la de esclavitud, no es posible que concibamos la libertad jurídica a través de esta contraposición del originario concepto de *status* de derecho romano.

Se ha explicado que en el Derecho Romano era concebible y admisible tal estructura de *status libertatis* correspondiente al campo de la ciudadanía, por cuanto en él existían personas que no constituían sujetos de derechos más bien eran objeto de derecho, como los esclavos. Pero en el derecho moderno, en el cual ha desaparecido esta contraposición de libertad y esclavitud, no se puede construir una teoría de libertad jurídica fundamentada sobre la concepción de *status libertatis*.

Se ha observado que diferencias substanciales existen entre el pretendido *status libertatis* y los derechos de libertad que de él deberían deducir su fuente. En realidad, *status*, por ser un punto de imputación de derechos y obligaciones, no puede funcionar que para abarcar los llamados derechos de libertad, y en este sentido es que el término de *status* estaba usado por Jellinek. Y esta concepción de Jellinek ha sido mal entendida por algunos juristas que la han estudiado sucesivamente.

Sin embargo, los denominados derechos de libertad reunidos dentro del *status libertatis* son diferentes conceptualmente de la libertad jurídica, la cual se encuentra en todos los derechos subjetivos y no sólo dentro de los derechos de libertad.

Por lo tanto, cuando Jellinek formuló su teoría sobre el sistema de los derechos subjetivos, él consideró y usó el término *status* como abarcante sólo los denominados derechos de libertad, pero los mismos reunidos dentro del *status libertatis*, se diferencian conceptualmente de la libertad jurídica, la cual se encuentra en todos los derechos subjetivos y no sólo dentro de los de libertad.

4. ACTIVIDAD LIBRE COMO ACTIVIDAD LÍCITA

Acercas de la naturaleza y el contenido de la actividad libre se ha determinado que ella es una actividad jurídica. Por ser toda actividad humana y, por eso, la libre susceptible de evaluación jurídica, no es posible admitir la existencia de un espacio vacío de derecho.

Por lo tanto, al analizar el contenido de la actividad libre, se ha constatado que se trata de una actividad jurídica y no de una actividad extrajurídica, por cuanto la actividad libre es susceptible de evaluación jurídica, y contrariamente a lo que afirmaba una doctrina alemana, no es posible concebir un espacio vacío del derecho.

La actividad libre es una actividad jurídicamente relevante, tanto si por relevancia se entiende la productividad de efectos jurídicos, por la reconocida existencia de una general obligación de no turbar en pro de la actividad libre, como si por relevancia se entiende la caracterización de conductas por parte de las normas jurídicas. En efecto, las facultades en que se concretan las libertades, forman objeto de una implícita o explícita previsión normativa.

La actividad libre es una actividad lícita, en el sentido, en el cual lo lícito se contrapone a lo ilícito. Ahora, sobre la expresión y contenido de ilícito hay que tener presente que en doctrina este término no tiene un significado unívoco. Acerca de lo lícito, la doctrina italiana se adhiere a la alemana y, o identifica lo lícito con lo permitido, esto es, con lo que no está impuesto o prohibido en derecho, o con las actividades que no producen específicos efectos jurídicos, o con lo que queda fuera de una expresa normación del derecho.

Ahora bien, se ha objetado que estos tres modos de concebir lo lícito no son satisfactorios en dar una idea completa de las actividades libres. En efecto, cuando se expresa que lícito se identifica con una actividad no productiva de específicos efectos jurídicos, se ha observado que esta definición negativa no permite captar la esencia de la noción, al considerar sólo su ausencia de efectos. Frente al tercer modo de entender lo lícito, a saber, como una esfera que está fuera de una normación directa, explícita del derecho, se ha dicho que lícito sería sólo una actividad extrajurídica de hecho y, por lo tanto, esto resultaría una contradicción. Al sostener que la actividad lícita es una esfera que está fuera, o al margen del derecho, por no estar contemplada por el mismo, se está contradiciendo el carácter de juridicidad de la actividad libre concebida como una actividad lícita, por cuanto este lícito lo estamos situando fuera del derecho. Como este término de lícito no es unívoco, y estas tres tendencias de concebir lo lícito, o con lo permitido, o con una esfera que está al lado del derecho, o bien con una actividad no productora de específicos efectos jurídicos; algunos juristas han querido perfilar la actividad libre como actividad lícita, delineando su contrario que es lo

ilícito. Sobre este punto se tienen dos opuestas opiniones condicionadas por dos corrientes en tema de norma jurídica. Según la primera opinión, que se inspira en la concepción imperativa de la norma, lo ilícito se identifica con lo antijurídico y designa una relación de oposición al comando jurídico. Según la opinión opuesta inspirada en la concepción valorativa de la norma, lo ilícito consistiría en una particular relevancia jurídica de un acto, para demostrar que frente a éste el ordenamiento jurídico reacciona y, o remueve la situación creada, o repristina el equilibrio turbato. De todos modos, con lo ilícito, o lo antijurídico, siempre nos encontramos con una no conformidad al derecho, tanto en el sentido de oposición al comando, como en el de no correspondencia a la facticidad de la cual se derivan efectos favorables, o conforme a la voluntad normalmente determinante.

Ahora, si es cierto que la ecuación ilícito no conforme al derecho, parece lógico sostener que por lícito deba entenderse lo que al derecho está conforme, y por él implícita o explícitamente tutelado. Además, si lícito equivale a conformidad al derecho, lícitas serán sin duda las actividades cumplidas en el ejercicio de un derecho subjetivo, con tal que subsista su correlación con el ordenamiento jurídico.

Pasando a considerar la actividad libre, una vez reconocida su relevancia jurídica, parece que no pueda negarse que a ella deba atribuirse la calificación de lícita, con tal que está conforme al ordenamiento jurídico. Pero, el problema que ha debatido la doctrina está precisamente en establecer en cuál relación la actividad libre se encuentra con la actividad lícita del ejercicio de los derechos, poderes, obligaciones. Para ceñir la exposición a lo esencial, se puede concluir reafirmando que la actividad libre no sólo es actividad lícita, sino el ejercicio de derechos, obligaciones y facultades. Por lo tanto, entre la actividad libre y la actividad lícita de derechos, obligaciones y facultades, expresa o implícitamente previstos por el Derecho, no se establece una relación entre términos antagónicos, sino que la actividad libre es lícita y, por ser lícita, ella constituye este ejercicio de derechos obligaciones y poderes previstos por el ordenamiento jurídico.

5. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO EN LA DOCTRINA MÁS RECIENTE

Por lo tanto, no queda otra solución que la de averiguar si la libertad jurídica pueda construirse en el ámbito del concepto mismo del derecho

subjetivo. Al respecto, mientras a menudo se tropieza con afirmaciones por las cuales la esencia del derecho subjetivo es la libertad, al mismo tiempo se advierte una resistencia en la dogmática jurídica, para ubicar la libertad dentro del concepto del derecho subjetivo. Los motivos de tal resistencia no faltan.

El primero está constituido por la concepción político-sociológica de la libertad fuera del Estado, la cual es dominante en doctrina, sobre todo, en los derechos que se inspiran en los principios liberales y democráticos. Según tal concepción, la libertad se resuelve en una ausencia del derecho, tanto si es entendido bajo el aspecto objetivo, como subjetivo. Otro motivo es el de haber concebido la libertad como una esfera de actividades. El motivo más fuerte reside, sin embargo, en la concepción del derecho subjetivo como poder de voluntad. Se acuerden del famoso civilista alemán Windscheid. Concepción ésta que ha sido sometida en la doctrina más reciente a crítica.

Se ha llegado al tema del derecho subjetivo, que interesa no sólo al Derecho Constitucional y al Administrativo, sino también a la Teoría General del Derecho.

Sobre el concepto del derecho subjetivo se pueden captar tres corrientes generales, a las cuales varios autores se han adherido, aun cuando con algunos aportes de detalles.

La primera corriente que se formuló sobre el derecho subjetivo ponía su esencia en el interés; al respecto se señalan los juristas alemanes Jering y Dernburg. Esta primera corriente dice que el carácter subjetivo estriba en el interés. La otra más importante, que por largo tiempo ha prevalecido sin contraste, se debe precisamente a Windscheid, después a Bierling y a Binding, concebía el derecho subjetivo como un poder de la voluntad. Y se llega a la tercera doctrina, la de Jellinek, el cual intenta conciliar las dos anteriores, es decir, el interés con el poder y la voluntad. Esta tercera doctrina se puede conceptuar así: poder de la voluntad humana reconocido o protegido por el ordenamiento jurídico, para satisfacer un interés, que se constituye como fin al cual se dirige el poder de la voluntad.

De estas tres corrientes la que más ha dominado es la de Windscheid: la que concibe el derecho subjetivo como un poder de la voluntad. Se entiende el poder de la voluntad expresa o implícitamente tutelado por el ordenamiento jurídico. Al final del siglo XIX tal concepción ha sido so-

metida a crítica en su fórmula mixta, y las objeciones han investido la concepción de la norma y de la relación jurídica, tal como había sido asumida por la teoría mixta, y si esta crítica no ha llegado a eliminar el derecho subjetivo, ha cambiado la concepción anterior. A consecuencia de la revisión de los conceptos tradicionales de norma y relación jurídica, ninguno de los tres elementos constitutivos de la teoría mixta (interés, voluntad, poder) han podido substraerse a varias críticas. ¿Cuáles son ellas? Se pueden resumir en tres puntos generales: 1) Con referencia al elemento del interés se ha advertido que él representa siempre el elemento teleológico del derecho subjetivo y, en consecuencia, al referirse al momento prejurídico sea de la norma (el de la composición de más intereses en contraste) sea del derecho subjetivo (tensión hacia un bien), puede ser configurado como supuesto y no como elemento constitutivo del derecho subjetivo; 2) relativamente al elemento de la voluntad todavía se objeta que la teoría mixta no ha podido explicar de forma satisfactoria cómo los incapaces por naturaleza pueden ser titulares de un derecho subjetivo. Se tenga presente que una objeción básica contra el derecho subjetivo concebido como poder de la voluntad siempre ha sido ésta: como dicha doctrina puede explicar que los naturales incapaces son titulares de derechos subjetivos. A las personas incapaces les falta precisamente la voluntad; sin embargo, son portadores de derechos subjetivos; 3) acerca del elemento poder se ha dicho que él resulta inaceptable, tanto si se entiende como poder-fuerza, como si se configura como poder para sancionar. En el primer sentido constituiría una inútil repetición de la norma, que ya expresa la necesidad de su observancia por parte de los sujetos. En el segundo sentido, el derecho-poder se identificaría con la pretensión, al afirmar su presencia sólo en la fase patológica de la violación, y no en la normal de su ejercicio.

Frente a estas críticas una parte de la doctrina ha reaccionado en favor de la concepción tradicional, tentando de encontrar unas definiciones que pudieran substraerlas de las mismas críticas. Así el derecho subjetivo ha sido definido como la posición jurídica de ventaja relativamente a un determinado bien, creada por el derecho objetivo mediante un concreto comando jurídico dirigido a favorecer al titular de este bien. La definición anterior se debe a los juristas Pugliatti, Garbagnati, Miele.

Ahora, aparte de concebir relativamente al derecho subjetivo una relación entre bien y sujeto, al lado de la relación intersubjetiva, va observado que nadie ha negado que la titularidad del derecho subjetivo se derive generalmente de una posición de ventaja, pero ésta no puede constituir

la esencia del derecho subjetivo, por cuanto la ventaja es apreciable sólo sobre un plano económico y no sobre un plano propiamente jurídico. Otra tentativa es la de Levi, Sperduti quienes en el derecho subjetivo no ven que la síntesis de dos elementos formales, los de la facultad y de la pretensión: derecho subjetivo equivale a facultad más pretensión. También a propósito de esta opinión puede observarse que todos reconocen que el derecho subjetivo se exterioriza en facultades y pretensiones, pero el problema está precisamente en fijar un concepto que puede servir efectivamente de síntesis de los dos aspectos del derecho subjetivo, facultad y pretensión.

Una solución original de la cuestión ha sido perfilada por el jurista italiano Domenico Barbero, y por el alemán Andersen, quienes han partido del principio que el concepto del derecho subjetivo deba inferirse de la valuación del actuar de un sujeto respecto a la voluntad manifestada por la norma y que, por lo tanto, se agota en un *agere licere*, en un actuar lícitamente, o facultad de actuar con vista de un bien de la vida, con el fin de satisfacer con él un propio interés. Empero, en virtud de esta opinión se ha observado que debería negarse que el crédito constituya un derecho subjetivo, por cuanto en él no se tendría un *agere licere* en orden al objeto, sino sólo una actitud tutelada, y precisamente la confianza de que el deudor pague su obligación.

Ahora bien, se puede decir que en realidad al titular de un derecho subjetivo no se le ha ofrecido la posibilidad jurídica de asumir sólo una determinada conducta, sino que él puede asumir aquella que, entre las varias conductas por el derecho consentidas y protegidas, considera más conforme a los propios intereses. Es el conjunto de estas conductas, acciones, facultades que constituye el “*agere*” del derecho subjetivo y, por lo tanto, no se puede identificar éste con una determinada pretensión o facultad abstractamente concebida.

A Pietro Virga le parece que los resultados, a los cuales han llegado los últimos estudios citados, permiten encontrar en el derecho subjetivo la presencia de dos elementos, un elemento formal que es dado por la calificación jurídica de una dada conducta como lícita, y un elemento material que es el “*agere*”, a saber, las posibles conductas del sujeto. Este “*agere*”, sin embargo, no va concebido como señoría de un bien, pero sí como una genérica actividad cuya naturaleza varía según las varias especies de los derechos.

6. DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO

Se ha visto el concepto del derecho subjetivo enunciado por la doctrina privada. Ahora se va a ver cómo el derecho subjetivo viene aceptado en Derecho Público, como a este derecho subjetivo se le añade el adjetivo "público". La doctrina de derecho público ha sido influenciada en su primera etapa por la dogmática del derecho privado. La concepción del poder de voluntad, que ha predominado por largo período, ha sido no última causa que ha inducido a varios juristas a negar la acogida de los derechos subjetivos en el sector público. Tales autores responden nada menos que a nombres, como Gierke, Gerber, Laband, Bornhak, Haenel, Seydel, Duguit, Kelsen.

Cuando se ha logrado demostrar la inconsistencia de los argumentos deducidos de una pretendida imposibilidad de construir las relaciones jurídicas entre ciudadanos y Estado, entre el concepto de soberanía de una parte, y de los derechos subjetivos de los ciudadanos contra el Estado por la otra; el concebir unos poderes de voluntad frente al Estado ha presentado dificultades, dada la posición de superioridad que al Estado y a los Entes Públicos se les ha venido atribuyendo en el derecho. Naturalmente con el desarrollo y con el perfeccionamiento de la justicia administrativa, esta posición de aparente superioridad del Estado y de los Entes Públicos hacia los ciudadanos, se ha venido atenuando siempre más. En efecto, en un Estado de derecho perfectamente concebido y mejor aplicado, donde la justicia administrativa disciplina los contrastes que puedan surgir entre la administración pública de una parte, y los derechos e intereses de los ciudadanos de la otra, no se puede admitir una posición jurídica, en la cual la administración pública vendría a estar en una posición desigual hacia los ciudadanos.

Además de lo expuesto, Santi Romano ha observado que existe una esfera de derecho público en que el mismo legislador impone a la administración pública una serie de deberes y obligaciones, y a favor de los ciudadanos corresponden otros tantos derechos subjetivos, cuyo ejercicio les permite solicitar el legítimo acatamiento por parte de la administración pública de los deberes y obligaciones, que el legislador ha puesto a su cargo. Sin embargo, se ha observado que tales derechos subjetivos no podrían venir concebidos con los mismos caracteres (poderes de voluntad), que pueden encontrarse en el derecho privado.

Empero, esto no es un argumento suficiente para que se rechace su incorporación en derecho público a favor de los ciudadanos. En efecto, aun cuando tales derechos puedan variar en intensidad y en extensión de un ordenamiento positivo a otro, siempre debe existir un núcleo mínimo de derechos subjetivos, emanados a favor de los ciudadanos frente a la administración pública, para que se pueda hablar de un auténtico Estado de Derecho. En un ordenamiento estatal, dentro del cual no se encuentra la existencia de un núcleo mínimo de derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, para que puedan defenderse de la administración pública, a lo menos, en los casos más graves de abusos no se puede decir que en este Estado aun calificado de derecho, exista un derecho público moderno con una justicia administrativa, mediante la cual los ciudadanos puedan defenderse de las extralimitaciones de funciones por parte de los funcionarios.

En el Derecho Público existe también la esfera de los intereses legítimos. Esta esfera se tiene cuando el legislador en lugar de atribuirle a la administración pública obligaciones y deberes bien determinados, le ha atribuido una amplia discrecionalidad, para decidir sobre una determinada materia. El administrador debe escoger entre varias alternativas para determinar mejor los intereses de la administración pública. Por lo tanto, cuando a favor de la administración hay tal esfera jurídica de competencia dentro de la cual, en lugar de atribuírsele derechos y obligaciones determinados, se encuentran normas permisivas que le atribuyen una serie de actitudes, decisiones y deliberaciones, que la administración pública puede escoger dentro de varias, frente a esta competencia discrecional se tiene como correspondiente a favor de los ciudadanos de la esfera de los intereses legítimos. Y éstos, por parte de una extensa doctrina, pueden caber dentro de la concepción de los derechos subjetivos, pueden considerarse e interpretarse como manifestaciones jurídicas de los mismos derechos subjetivos. Por lo tanto, al lado de los derechos subjetivos existen los intereses legítimos, pero éstos, aun cuando se diferencian de los primeros, por ser considerados manifestaciones particulares de los derechos subjetivos, pueden caber en la acepción de éstos. Cabe afirmar que existe un interés legítimo, cuando el interés de la administración pública coincide con el interés del privado. El interés legítimo no es un interés individual propio del ciudadano, que está en contraste con el interés de la administración pública. El interés legítimo es un interés que pertenece al ciudadano y coincide, a la vez, con el interés de la administración pública; por lo que, cuando un funcionario lo viola está violando, al mismo tiempo, un interés de la administración pública. El titular

de este interés legítimo, quien es el ciudadano, cuando pide a los órganos jurisdiccionales que se anule el acto administrativo que viola su interés legítimo, está protegiendo, a la vez, el interés propio de la administración pública. El interés legítimo, al amparar un bien particular, está tutelando también un interés superior, el de la administración pública, por cuanto el mismo coincide con uno de los tantos intereses de la administración.

En efecto, la facultad discrecional permite a la administración pública, sobre determinados objetos y con vista de circunstancias o condiciones de hecho, que asuma entre una serie de conductas aquella que considera más apta para tutelar el interés superior de la colectividad y, al proteger tal interés general, ella está tutelando también sendos intereses legítimos, de los cuales son titulares aquellos ciudadanos que llenan los requisitos previstos por las normas pertinentes. Ahora, si una entidad pública viola tales intereses legítimos, ella, a la vez que infringe los intereses de los ciudadanos, cuyos bienes caben en esta materia de derecho público, está violando también una serie de normas que le atañen de una forma directa, por cuanto estas normas tutelan un interés público general. Cuando la administración pública está protegiendo un interés legítimo del ciudadano, está normalizando, a la vez, una situación jurídica que atañe a la propia administración. Cada vez que ésta viola un interés legítimo o también un derecho subjetivo del ciudadano, ella está cometiendo un error hacia sí misma, por cuanto el interés primordial de la administración pública es el de respetar el interés colectivo inherente a la serie de ciudadanos organizados a través de categorías, corporaciones, grupos. Por eso se ha dicho que en la concepción moderna del derecho público no es más admisible aquella consideración, por la cual no se le atribuye a la administración pública una posición de igualdad ante los ciudadanos.

Para que pueda hablarse de un Estado de derecho, debe haber una justicia administrativa, en virtud de la cual los ciudadanos, que se ven afectados en algún interés por parte de la administración, pueden acudir a los órganos jurisdiccionales, y tener la expectativa que la administración pública indemnice, o rectifique una situación antijurídica determinada. Esta situación de igualdad entre las partes no es sólo un principio que debe existir, cuando se trata de dirimir controversias de derecho civil o mercantil, debe subsistir de la misma forma en la justicia administrativa, en derecho público. Tal concepción no es una aspiración teórica, en muchos ordenamientos positivos es una aplicación de justicia administrativa.

Por lo tanto, esta concepción del derecho subjetivo, contra la opinión que se había ventilado a fines del siglo XIX, sobre todo en Alemania, hoy día es un concepto perfectamente aplicable al derecho público. Los derechos subjetivos que pertenecen al Derecho Público se llaman derechos subjetivos públicos; y los intereses legítimos, o intereses ocasionalmente protegidos, se pueden incluir en la categoría de los mismos derechos públicos subjetivos.

En doctrina se ha debatido también que resultaba inaceptable que al lado del concepto de soberanía se incorporan en el derecho público derechos subjetivos entendidos como otros tanto poderes de voluntad, que se erigiesen ante la soberanía del Estado a favor de los ciudadanos. Resultaba improcedente determinar relaciones jurídicas entre el Estado de una parte, y el ciudadano de la otra, al ejercer los ciudadanos poderes de voluntad que podían hacer valer contra el Estado, por estar esto en contradicción con el concepto de soberanía estatal.

Para eludir estas objeciones que se habían hecho a los derechos subjetivos entendidos como poderes de voluntad, se pueden aceptar en el derecho público los derechos subjetivos, extendiéndoles la concepción de Domenico Barbero: “valuación del actuar de un sujeto respecto a la voluntad manifestada por la norma, y se agota en un *agere licere* o facultad de actuar con vista de un bien de la vida, al fin de satisfacer sobre él un propio interés”. Y también se puede aceptar con Pugliatti la otra definición: “en el derecho subjetivo se puede encontrar una jurídica posibilidad de asumir una conducta determinada por la norma”. Se ha observado que derecho subjetivo implica un conjunto de facultades jurídicas, para elegir entre ellas una determinada conducta, un determinado modo de actuar. Mientras la facultad jurídica indica un solo determinado modo de actuar dentro del derecho: el derecho subjetivo comprende un conjunto de facultades, que le permite al sujeto escoger una determinada conducta. La facultad jurídica se concreta en un determinado acto o conducta; el derecho subjetivo comprende en sí una serie de facultades jurídicas, para que se escoja una conducta concreta entre las tantas que ofrece la norma jurídica.

Por lo tanto, el derecho subjetivo pertenece propio a las normas permisivas, porque son precisamente éstas las que dan la posibilidad a su titular de poder escoger entre las tantas una determinada conducta permitida y contemplada por la norma.

Al contrario, las normas imperativas siempre implican una determinada obligación, que se resuelve en un derecho, pero éste es inherente a una relación jurídica determinada.

Se tiene también el derecho subjetivo inherente a una serie de relaciones jurídicas, por cuanto la norma jurídica en lugar de prever una sola relación jurídica, una determinada obligación, puede prever una serie de relaciones jurídicas, aun cuando similares o afines, por cuanto el contenido de esta norma jurídica es bastante elástico y amplio, y prevé precisamente una serie de manifestaciones.

7. LA LIBERTAD COMO FACULTAD DE ELECCIÓN ENTRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE POSIBLES

Voy a hablar de la facultad de elección inherente al derecho subjetivo y del contenido de esta elección, como se verifica esta elección como facultad del derecho subjetivo.

Los juristas están conformes en declarar que la facultad de elección constituye el elemento característico del derecho subjetivo, y es en esta facultad de elección acerca del ejercicio del derecho en que consiste la libertad jurídica. Cuando para el ejercicio del derecho se entiende el conjunto de los comportamientos posibles permitidos en orden al derecho subjetivo, puede adoptarse otra definición: "el ejercicio del derecho, o libertad jurídica, es la facultad de elegir entre comportamientos jurídicamente posible" (Cernelutti). Tal facultad no sólo cabe en lo lícito jurídico, sino que es jurídicamente relevante, cualquiera sea el significado que se le atribuya al término relevancia, tanto si por éste se entiende la previsión de un hecho o acto por parte del ordenamiento jurídico, como si se concibe como productividad de efectos jurídicos.

En el primer sentido, a saber, relevancia considerada como previsión por parte del ordenamiento de un hecho o acto, una vez que el ordenamiento prevé en todo derecho subjetivo una facultad de elección, debe admitirse también que dicha facultad es jurídicamente relevante. A la misma conclusión se llega, si se acepta el segundo significado que se da al término relevancia. Basta pensar a la consecuencia jurídica que surge por efecto de la acción turbativa a la actividad de elección del sujeto, y que van de una simple obligación al resarcimiento del daño, a la imposición de una pena, o bien a la invalidez del negocio mismo. Y para acción turbativa debe entenderse no sólo la violencia física, sino también la moral, el dolo y, general, todos los vicios de la voluntad.

En efecto, mientras la violencia física impide absolutamente la facultad de elección por parte del titular del derecho subjetivo, los vicios de la voluntad intervienen de tal forma que la elección del titular del derecho subjetivo se realiza de manera diversa de la que se efectuaría, si estos vicios no hubieran intervenido en el proceso de la determinación volitiva del sujeto. A causa de los vicios de la voluntad se verifica una divergencia, entre la elección real y la hipotética, como se verificaría en otras condiciones y precisamente en ausencia de los vicios.

Cuando interviene la violencia moral en la determinación de la voluntad de un sujeto, nos encontramos ante una discrepancia entre la elección real, la que efectivamente se ha verificado, y la elección hipotética, que era la genuina, la propia que habría querido el titular y que no puso en práctica, precisamente por la violencia moral ejercida sobre él. Por ejemplo, el titular de una parcela de terreno enajena ésta, porque un tercero le hizo creer que la misma estaba sometida a un expropiación. Si no hubiera intervenido este vicio el titular de la parcela habría continuado a usufructuar de ella. Por la intervención de este dolo por la determinación de este vicio en la voluntad del titular de este derecho, nos encontramos ante una discrepancia entre la elección real de enajenación de la parcela por parte de su propietario, y la elección hipotética, genuina. En otros términos, si no hubiera intervenido este vicio determinado por el dolo del tercero, el propietario habría continuado en el goce de su propiedad. Por lo tanto, se puede concluir para la relevancia de la libertad en el campo jurídico, pero no en el sentido que sea relevante para el derecho que se escoja la conducta A o la B, si no en el sentido que el derecho prevé que el titular del derecho subjetivo pueda determinarse como mejor estima acerca del ejercicio y proteja su escogencia, cualquiera ella sea, contra toda posible acción de turbativa.

La facultad de elección es jurídicamente relevante siempre y cuando tenga por objeto comportamientos jurídicamente posibles y, por ende, lícitos. La libertad jurídica no se verifica; en consecuencia, cuando se escoge entre compartimientos ilícitos, o bien entre un compartimiento lícito y otro ilícito. Es en base a este criterio que algunos autores, entre éstos Pietro Virga, afirman que va establecida la distinción entre libertad jurídica y libertad moral. En otras palabras, para que pueda sostener que existe libertad jurídica, siempre se tiene que escoger entre más conductas o comportamientos lícitos. Esta es la libertad jurídica, ella supone una elección entre más conductas o comportamientos lícitos. Si, al contrario, esta elección versa sobre un comportamiento lícito y otro ilí-

cito, o entre más acciones ilícitas, según la corriente a la cual se adhiere Virga, no se puede hablar de libertad jurídica sino de libertad moral.

Ahora, no se niega que no puede concebirse una posibilidad de elección entre lo lícito y lo ilícito, entre lo justo y lo injusto, entre el bien y el mal. Pero tal facultad de elección constituirá sólo la libertad moral del particular y no la jurídica, por cuanto sería una contradicción *in adiecto* la que el ordenamiento jurídico amparara la facultad de actuar de un comportamiento ilícito.

Esta distinción es importante: la libertad jurídica de elección supone que ella versa sobre más comportamientos lícitos; si, al contrario, versa sobre un comportamiento lícito y otro ilícito, o entre más conductas ilícitas, se está en el ámbito de la ética jurídica, de la libertad moral del individuo. Por eso se excluye que una elección pueda verificarse también entre comportamientos lícitos y otros ilícitos, entre lo justo y lo injusto, pero en tales casos ya no se puede calificar como jurídica tal elección, sino de elección moral. En efecto, no es posible pensar que el derecho ampare un comportamiento ilícito o injusto: sería contradecir la esencia misma de lo jurídico.

8. LA ELECCIÓN ACERCA DEL “SÍ”, “CUÁL” Y “CÓMO”

Ahora, al analizar el examen de la facultad de elección ínsita en todo derecho subjetivo, resulta que ella se verifica en tres direcciones principales: a) acerca del ejercicio, o no, del derecho subjetivo; b) acerca de la facultad (goce, disposición, pretensión); c) acerca de las modalidades de ejercicio (cómo, cuándo, dónde). Por lo tanto, se tienen tres tipos de elección: el primero es si se ejerce, o no, este derecho subjetivo; el segundo, ver cuál derecho subjetivo se ejerce; el tercero, cómo ejercerlo, que es comprensivo del cómo, dónde y cuándo ejercerlo. Esta distinción tiene valor relativo, por cuanto la elección sobre qué facultad ejercer, escoger, implica una elección sobre cómo ejercerla, por cuanto se elige una facultad no genérica, sino calificada también en relación a determinadas circunstancias de tiempo y lugar, además, porque las tres elecciones son tres momentos distintos de un mismo procedimiento volitivo.

Sin embargo, es bueno tener diferenciadas estas tres facultades de elección del derecho subjetivo, para comprender mejor la esencia y el contenido del mismo.

Al analizar la primera elección que psicológicamente, en la determinación volitiva del sujeto, podría decirse que aparece en el primer estadio: si ejercer o no este derecho subjetivo. Esta elección no puede faltar, porque si la asunción de la conducta fuera necesaria, nos encontraríamos ante una obligación y no ante un derecho. Los que afirman que esta posibilidad de elección, si ejercer o no un derecho, ha venido a menos en estos últimos tiempos a consecuencia de la evolución social del concepto del derecho subjetivo, y hablan, de un ejercicio necesario del mismo, de un deber ejercer el derecho o de un derecho-función, sobre todo, por lo que atañe a los derechos reales, acaban por confundir las limitaciones más o menos hondas que el derecho positivo aporta relativamente a las facultades de los varios derechos subjetivos, con la libertad de no ejercer el propio derecho.

Aún si el número de los comportamientos posibles se vuelve siempre más reducido, exiguo, y si las modalidades de estos comportamientos del ordenamiento positivo los disciplina siempre con más detalles, tales limitaciones nunca podrán suprimir la facultad de elección acerca de si ejercer o no ejercer el derecho subjetivo, porque estas limitaciones reducen los elementos sobre los cuales la elección se ejerce, pero no eliminan la elección misma. De la falta de ejercicio del derecho el ordenamiento positivo hace derivar a menudo consecuencias desfavorables, que van de la prescripción a la expropiación a cargo del propietario inactivo. Sin embargo, estas consecuencias, por muy graves que sean, no pueden convertir el derecho en una obligación, ni a falta de ejercicio de un acto ilícito. El titular de un derecho subjetivo, al examinar las varias posibilidades ofrecidas, se orientará hacia las que le prometen ventajas y, en definitiva, optará por ejercer el derecho. El ordenamiento positivo, al atribuir consecuencias negativas a la falta de ejercicio de este derecho, inducirá al titular a hacer uso del propio derecho. Pero, todos estos factores actúan solamente en el campo económico de la apreciación de la ventaja, o desventaja, derivada al titular del ejercicio, o no, del derecho, pero no afectan la facultad de elegir entre ejercer o no ejercerlo.

Distinta de no ejercer del derecho es la renuncia, la cual supone la facultad de haber elegido en sentido positivo sobre “sí” y sobre “cuál” facultad; la renuncia cabe en la facultad de disposición del derecho. En efecto, mientras en la renuncia se tiene una declaración de voluntad dirigida a desprenderse del derecho, en el “no ejercicio” el titular volitivamente se determina en sentido negativo acerca del ejercicio del dere-

cho. El no ejercicio recae en el uso ordinario, no excluye el querer guardar el derecho. El no ejercicio del derecho no impide que frente a otras circunstancias, frente a la apreciación de otros factores nuevos, el titular del derecho no cambie de opinión y opte por ejercer su derecho. Al contrario, cuando él renuncia al derecho, ha ejercido la facultad de elección sobre sí o no ejercerlo, y decidido que se desprende del mismo. Por lo tanto, renunciar es algo más del no ejercicio del derecho: al renunciar el titular ha ejercido positivamente este derecho, al no ejercerlo, todavía no ha hecho uso de su poder de disposición. La segunda elección versa sobre cuál facultad ejercer. Antes que todo se puede ejercer una elección entre las tres facultades típicas, goce, disposición y pretensión, pero cada una de éstas, a su vez, contiene una serie de facultades, entre las cuales también es posible otras ulteriores selecciones. Por ejemplo: al lado de un goce productivo existe también un goce voluntario. La facultad de disposición puede ejercerse de una serie infinita, donando un bien, enajenándolo por medio de una compraventa, y ésta se puede realizar mediante modalidades distintas, a término, a condición, con reserva de dominio, pura y simple. La facultad de pretensión puede verificarse también a través de distintos modos, mediante la acción de recursos y de actos de intimación.

Los comportamientos previstos en orden a las varias facultades, a veces, están disciplinados por el derecho positivo de forma detallada, otras veces, éste se limita a poner sólo unos límites que no pueden ser superados, esto es, prevé sólo unas limitaciones y, al preverlas, indica también cuáles comportamientos inherentes a una determinada facultad sean abstractamente lícitos y que, por lo tanto, los sujetos del derecho pueden optar por ellos. Es siempre al derecho positivo al cual se debe hacer referencia, no sólo para establecer si un determinado comportamiento pueda considerarse como ejercicio de facultad y, por lo tanto, lícito, sino también para saber cuáles efectos jurídicos se derivan del mismo comportamiento. Las conductas previstas en orden a las varias facultades, a veces, están disciplinadas de forma detallada por el orden jurídico. Otras veces, el orden jurídico se limita solamente a indicar unos límites que no pueden ser superados, a saber, marca las pautas a través de las cuales se pueden deducir cuáles son los comportamientos abstractamente ilícitos. Sin embargo, tanto en el primer caso, en el segundo, es siempre al derecho al cual se debe hacer referencia, para establecer si un determinado comportamiento puede considerarse como ejercicio de facultad y, por ende, lícito, y conocer también los efectos jurídicos que

se derivan de este comportamiento. El titular del derecho subjetivo puede escoger sólo entre los varios comportamientos jurídicamente lícitos, o posibles, y no entre las posibles consecuencias jurídicas, porque en el ámbito de la facultad de disposición, en la cual la voluntad podría aparecer a primera vista fuente misma de efectos jurídicos, es siempre el derecho y no la voluntad del sujeto el que hace derivar los efectos jurídicos de los determinados y distintos comportamientos.

Los sujetos tienen la facultad de escoger entre los distintos comportamientos jurídicamente posibles, y no entre las consecuencias jurídicas; por eso los efectos jurídicos no se derivan de la voluntad de los sujetos, sino del ordenamiento jurídico. Es el ordenamiento jurídico el que atribuye y conecta a los distintos negocios jurídicos determinados efectos y sólo aquellos efectos, y no es la voluntad de los sujetos. Para que los contrayentes puedan lícitamente alcanzar determinados intereses, que ellos reputan, más cónsonos a las propias ventajas económicas, no basta que celebren un determinado contrato, es necesario que ellos sepan escoger aquel determinado tipo de contrato, en que los efectos, que le atribuye el ordenamiento jurídico, coincidan con los intereses que se quieren tutelar. Cuando esta elección no es idónea, aun estando las partes en buena fe, ellas alcanzan unos fines parcial o totalmente distintos de los que realmente querían obtener. Aquí se tienen unos vicios inherentes no tanto la voluntad, cuanto a la elección del comportamiento jurídico más idóneo entre los jurídicamente posibles.

A menudo el derecho positivo, al deducir consecuencias jurídicas favorables del ejercicio de una facultad, o bien desfavorables de la falta de su ejercicio, demuestra una preferencia hacia una determinada conducta entre las varias que pueden subsistir en tal facultad. Por ejemplo, cuando para la reforma agraria el cultivo de determinadas áreas agrícolas las leyes de un país premian a los agricultores, que hagan determinados cultivos, el legislador está demostrando una preferencia hacia una conducta que él espera de los propietarios o cultivadores de tales parcelas de terreno. Al atribuir consecuencias favorables o desfavorables al ejercicio de una determinada facultad, de la cual es titular el particular, el derecho está manifestando una preferencia, pero tal preferencia es inherente a las consecuencias jurídicas que se conectan al ejercicio de la facultad, y dejan íntegra la facultad de escoger. A pesar de las consecuencias jurídicas que el orden jurídico atribuye al ejercicio de determinadas facultades, el titular del derecho queda libre de ejercer o

no esta facultad, de escoger o no este comportamiento, al cual el orden jurídico le atribuye determinadas ventajas. Por lo tanto, esta preferencia resulta inherente a las consecuencias del ejercicio de una facultad, y no afecta la elección: el sujeto queda siempre con su facultad discrecional de elegir.

El cómo ejercer el derecho escogido tiene por objeto las modalidades ejecutivas de una determinada facultad, modalidades que se exteriorizan normalmente en la forma, en el tiempo, en el lugar y en el procedimiento. Forma, tiempo, lugar y procedimiento que, cuando no están determinados expresamente por la ley, están confiados a la discrecionalidad del titular del derecho subjetivo.

En la forma, a veces, el derecho prescribe una forma determinada para poder ejercer un derecho, la escrita, oral, escrita a través de determinados requisitos, y a veces esta forma es un requisito esencial para atribuir validez a la manifestación de voluntad del negocio jurídico; sin el cumplimiento de esta forma el negocio jurídico no produce sus efectos jurídicos. Así también “el dónde y el cuándo” a veces los encontramos, según la particularidad de determinados derechos subjetivos previstos por la norma jurídica, pero casi siempre “el dónde y el cuándo” pueden estar confiados al mismo titular del derecho.

Para el ejercicio de algunos derechos subjetivos el ordenamiento prescribe también determinados procedimientos. Si las partes no los acatan el vicio afecta la validez y eficacia del propio negocio jurídico. El ordenamiento puede señalar también unos límites, y dentro de éstos las partes optan por varias alternativas. Las normas en lugar de indicar un específico procedimiento puede indicar a las partes unos límites generales, y éstos ofrecen la posibilidad de que las partes opten por varias formas posibles, previstas dentro de estos límites a través de una interpretación lógica de las normas que los contempla.

Entre los derechos cuyo ejercicio está sometido a un procedimiento determinado están la autorización y la concesión de la administración pública, a favor de los particulares o de las personas jurídicas.

A través de la concesión la administración pública confiere un derecho que le es propio, a través de la autorización confiere el ejercicio de un derecho del cual es titular la persona solicitante. Según una clásica definición del jurista italiano Oreste Ranelletti y aceptada por la entera doctrina: “con la autorización la administración pública elimina un impe-

dimento que se opone al ejercicio del derecho". A través de la concesión la administración pública otorga al particular un derecho que le es propio y que éste no poseía. Mediante la concesión se constituye un derecho nuevo a favor del solicitante la concesión, derecho del cual él no era titular, porque el mismo pertenece a la administración pública. Sobre este particular mejor podría decirse que a través de la concesión no es el derecho el que se otorga a los particulares, sino su ejercicio. Titular del derecho queda y continúa siendo la administración pública; ésta mediante la concesión da a los particulares el ejercicio del derecho, cuya titularidad se reserva.

Al contrario, el particular es titular de los derechos, para cuyo ejercicio está prevista la autorización. Es necesario que la administración pública, por solicitud del particular, intervenga y elimine el impedimento que se opone al ejercicio de este derecho. Ejemplo: el porte de arma para la caza. Para ejercer el deporte de la caza, es necesario que se pida la autorización. El particular es titular del derecho para ejercer la caza, no puede ejercerla, sin la intervención de las autoridades competentes. Con la autorización se elimina el impedimento al ejercicio del derecho para el deporte de la caza.

9. LA DIFERENCIA Y LOS LÍMITES QUE DISTINGUEN LA LIBERTAD DE LA DISCRECIONALIDAD

En Derecho Público un tema interesante es la diferencia y los límites que distinguen la libertad de la discrecionalidad. Sobre este tema hay que advertir que una doctrina importante por los autores a la cual se han adherido, tales como Laun, Laband, Jorge Jellinek, Otto Mayer, quienes están traducidos al castellano. Santi Romano, Cammeo sostienen que no hay tal diferencia entre libertad y discrecionalidad, la libertad se resolvería por entero en la discrecionalidad. Hay otra doctrina sostenida por Walter Jellinek, Criscuoli, la cual dice que los conceptos de libertad y de discrecionalidad no se identifican, son distintos. Frente a estas dos teorías no hay duda que en la discrecionalidad existe un momento de libertad, a saber, una posibilidad de elección entre los varios comportamientos jurídicos posibles, pero esta posibilidad de elección no es ilimitada como en el derecho subjetivo, encuentra vínculos en relación a la función para la cual la discrecionalidad está conferida. A la investigación de este límite que distingue la discrecionalidad del "genus próximo" representado por la libertad, se ha dirigido la doctrina más reciente. Massimo Severo Giannini, en un estudio acerca

del poder discrecional de la administración pública (*Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano 1939), ha querido encontrar el elemento característico de la discrecionalidad en el examen de intereses secundarios con vista de un interés esencial, que es precisamente aquel indicado por la norma administrativa que debe realizarse. Sin embargo, ha sido observado por Amorth y Mortati, que la discrecionalidad no se agota en fijar el valor comparativo de los varios intereses, antes bien esta reflexión ordinariamente aparece irrelevante para el derecho. Acerca del derecho subjetivo se ha observado que en la actividad humana abstractamente se pueden distinguir dos elecciones, una primera que se refiere a los fines que al particular puede proponerse, y una segunda subordinada a la primera que concierne a los medios para realizarlo, es decir, en términos jurídicos concierne a los comportamientos jurídicamente posibles para el logro de los fines propuestos. Análogas elecciones se realizan en el ámbito de la actividad administrativa, pero ellas están vinculadas siempre al logro de un interés público. Con referencia a las dos elecciones, a saber, la primera que concierne a los fines que el particular puede proponerse, la segunda subordinada a la primera que concierne a los medios para realizarlos, se plantea a la administración dos problemas de naturaleza opuesta. El primero es efectuar una elección de los fines generales correspondientes al interés público. Segundo problema: efectuar una elección entre los comportamientos jurídicamente posibles con el fin de realizar los fines previamente determinados. Esto es, cuando elección que se encuentra en el ámbito de la actividad humana a la administrativa, ésta se vincula siempre al logro de un interés público. En esta doble elección de los fines y de los medios, en la administración pública se presenta este problema, la elección se debe efectuar en base a los fines generales correspondientes a un interés público, y esta elección se debe hacer entre los comportamientos jurídicamente posibles, con el objeto de realizar los fines de interés público previamente determinados.

Resolver el primer problema, a saber, efectuar una elección de los fines generales correspondientes al interés público, es tarea propia y exclusiva de la política, acertadamente definida por el autor alemán Waldecker y por otros italianos, como una ciencia de los fines, la elección de los fines públicos. Sin embargo, esta elección viene actuada en el ejercicio de un poder que no puede identificarse con el comúnmente denominado discrecional. Esta elección forma objeto de una actividad pública, que

está por encima y fuera de la actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional. Este concepto es un aporte de la doctrina más reciente.

Por eso, una serie de autores, sobre todo italianos, al lado de la potestad administrativa, legislativa y jurisdiccional han querido poner una cuarta potestad, mejor dicho un cuarto poder que es precisamente el poder político, y éste está por encima y fuera de las tres funciones normales antes dichas. Sin duda, también en esta actividad del poder político, esto es, elegir entre fines generales correspondientes a un interés público, nos encontramos frente a una libertad y, si se conviniera en denominar discrecionalidad toda libertad consentida en el ámbito de un poder, se podría calificar la facultad de elección sobre los fines como discrecionalidad política. Una vez escogidos los fines, es preciso escoger los comportamientos jurídicamente posibles que responden a estos dos límites: las conductas deben ser idóneas para lograr los fines previamente fijados; deben tutelar el interés público para el cual el poder ha sido conferido.

En virtud de esta exposición no parece aceptable, según el autor italiano Pietro Virga, la definición que del poder discrecional dio Massimo Severo Giannini, esto es, el elemento característico de la discrecionalidad reside en el estudio del interés secundario con vista de un interés esencial, que es precisamente aquel indicado por la norma administrativa que debe aplicarse. En efecto, los intereses vienen examinados para efectuar una elección y, por consiguiente, para establecer la preferencia del uno respecto a los otros, no son, como considera Massimo Severo Giannini, intereses, sino fines en la actividad política y comportamientos jurídicos de actuación de estos fines en la actividad administrativa.

No se puede hablar respecto a la actividad de la administración pública de sacrificio de intereses secundarios en favor de un interés primario, porque la administración jurídica tiene un único interés, el público que nunca puede ser sacrificado. Toda vez que el interés público viene en contacto con los intereses privados, éstos resultan siempre sacrificados para la supremacía del interés público. Según Pietro Virga, tal sacrificio no asume relevancia, porque para imponer el interés público se verifica un procedimiento previo, técnico, que precede la emanación del acto administrativo, en virtud del cual se determina cuál es el interés público y, por lo tanto, al determinar el interés público, en la afirmación de este interés se han sacrificado los privados.

Una reciente teoría (Roehrssen, Mortati, Codacci Pisanelli) ha ventilado la tesis de que el vínculo de libertad en el poder discrecional esté representado por “normas *extra legem*”, a saber, por normas lógicas, naturales, técnicas, a las cuales la autoridad administrativa debe atenerse en la emanación de la medida. Contra esta tesis han surgido críticas, las unas tienden a contestar la intervención de normas *extra legem* en la evaluación discrecional, las otras tienden a negar el carácter de juridicidad a tales normas. Contra la naturaleza jurídica de tales normas, se ha dicho que, cuando al emanar una medida la administración pública examina una serie de normas que, por su contenido y naturaleza, están calificadas como *extra legem* por ser lógicas, naturales y esencialmente técnicas, ellas son propias e integran el así llamado procedimiento de formación del acto administrativo, y son normas instrumentales de las cuales se sirva la administración para expedir el acto. A estas normas que se consideran *extra legem* se le ha negado también el carácter de la juridicidad, porque se ha dicho que ellas son normas inherentes a un procedimiento de formación previo, técnico a la emanación de la medida o del acto administrativo. Al contrario, otra corriente doctrinaria dice que estas normas *extra legem*, aun cuando tengan valor intrínseco de normas lógicas y técnicas, muchas veces están indicadas como orientación para los funcionarios públicos, para que ellos puedan documentarse y formarse una opinión del mérito de los elementos, que contribuyen a determinar el contenido de un acto administrativo y, por eso por ser indicadas y previstas por el ordenamiento jurídico en el ámbito de la administración pública, y los destinatarios son precisamente los funcionarios que deben formular estos actos administrativos, a estas normas debe atribuirse el carácter de juridicidad. Tan es cierto que muchas veces en el ejercicio del contencioso administrativo, la violación de estas normas pueden producir verdaderos abusos, o actos ilegítimos e inicuos y, por lo tanto, estas normas denominadas *extra legem* que son de interpretación y de formación técnica de un procedimiento administrativo, se convierten en normas jurídicas y su violación dan la posibilidad a los particulares afectados por estos actos administrativos, injustos o viciados, de acudir a los tribunales y pedir la revocación de los mismos.

Por lo tanto, no se puede decir que los límites de la discrecionalidad para la administración pública residen en la existencia de las “normas *extra legem*”; estas normas constituyen unos límites para el ejercicio discrecional de la administración pública, pero por sí solas no son suficientes para caracterizar el poder discrecional de la administración pública.

Los vínculos jurídicos de la discrecionalidad están dados exclusivamente por los dos límites antes indicados: por la realización del interés público y por el logro del fin impuesto a la autoridad administrativa, o por la misma determinado si esta autoridad tuviera además del poder discrecional, también la potestad política o de gobierno. Con vista de una determinada situación de hecho, la autoridad administrativa, para individualizar cuál sea la medida que mejor responda a las dos exigencias antes mencionadas, debe realizar una actividad valorativa, por la cual se hace necesario recurrir a un conjunto de nociones y reglas *extra legem*. Estas últimas reglas preceden a un doble juicio de valor: uno dirigido a establecer cuál sea la medida que mejor ampare el interés público; otro para averiguar si el resultado práctico, al cual dará lugar la medida, actúe como el fin público que la autoridad quiere realizar.

Por lo tanto, como la discrecionalidad está limitada sólo por los vínculos jurídicos, dados por la realización del interés público y por el logro del fin asignado a la autoridad administrativa, o por la misma fijado, se debe excluir a los fines de la discrecionalidad toda relevancia jurídica de las normas *extra legem*, porque bajo el perfil jurídico si o cual norma *extra legem* haya sido aplicada, con tal que hayan sido respetados, el límite de afirmar un interés público y de lograr el fin asignado a la administración, o por la misma determinado, cuando la actividad administrativa, además del poder discrecional, está dotada también de un poder político o de gobierno.

Esta afirmación consiente reconocer en la discrecionalidad aquella libertad que es propia de todo poder público, es decir, la facultad de elección circunscrita al cual y al como, y vinculada a la satisfacción de un interés público. Así considerado, aparece digna de aceptarse la afirmación del jurista francés Michoud, según el cual existe sí un poder discrecional, pero no existirían actos discrecionales, al menos, en el sentido de que los actos emitidos por la administración pública en el ejercicio de poderes nunca son vinculantes, sino siempre discrecionales.

Al ejercicio del poder discrecional siempre está inherente la discrecionalidad, del mismo modo que al ejercicio del derecho subjetivo siempre está inherente la libertad. La discrecionalidad puede ser más o menos amplia en relación al mayor menor modo de determinarse la disciplina jurídica en un campo determinado, pero nunca puede ser anulada. Si la administración pública estuviera privada de la discrecionalidad en el cumplimiento de una determinada actividad, esto sería un signo de que

aquí se tiene cumplimiento de obligaciones, no ejercicio de poder. Sin embargo, si la discrecionalidad es la libertad ínsita en el poder, el concepto de discrecionalidad debe extenderse también al poder legislativo, jurisdiccional y también a los poderes de derecho privado.

Ninguna dificultad conceptual impide concebir en el ejercicio del poder legislativo por parte de los órganos respectivos, en una elección entre una serie, aun cuando amplia, de conductas jurídicamente posibles. En verdad, no todas las conductas legislativas posibles pueden considerarse lícitas, no obstante la así afirmada omnipotencia de la ley. Es suficiente pensar que las normas constitucionales establecen una jerarquía de las fuentes, prescriben un procedimiento de formación de la ley, imponen unos límites al contenido de la ley (irretroactividad). Otros límites a la actividad legislativa se derivan de las normas internacionales, a cuyo acatamiento el Estado está obligado. También para el poder legislativo la facultad de elección encuentra el doble vínculo, logro del fin político y satisfacción del interés público; ni es suficiente para negar la discrecionalidad en el poder legislativo, la consideración que la sanción para la inobservancia de los vínculos inherentes al poder, o falta, o se hace valer por vía política, porque con vista del carácter accesorio de la sanción, no es decisivo, a los fines de establecer la discrecionalidad, la predisposición de sanciones para la violación de los límites, o vínculos, establecidos para la actividad estatal.