

LUIS MEDINA ALCOZ

**LIBERTAD Y AUTORIDAD
EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**Derecho subjetivo e interés
legítimo: una revisión**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| PRESENTACIÓN , <i>por José María Rodríguez de Santiago</i> | 15 |
| CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO | 21 |
| 1. JUSTIFICACIÓN..... | 21 |
| 2. OBJETO Y ESTRUCTURA..... | 26 |
| 3. ORIGEN | 27 |
| PARTE PRIMERA LOS CONCEPTOS DE DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO, EN GENERAL | |
| CAPÍTULO II. INDIVIDUO Y LIBERTAD: EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO | 33 |
| 1. FORMACIÓN Y SIGNIFICADO HISTÓRICO | 33 |
| 1.1. El derecho subjetivo como derivación racional de la libertad | 36 |
| 1.2. El derecho subjetivo como producto del Derecho positivo estatal ... | 42 |
| 1.3. El Derecho positivo sin fines como fuente de un solo tipo de derecho subjetivo | 47 |
| 2. RECEPCIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL SIGLO XIX..... | 53 |
| 2.1. El derecho subjetivo como autonomía de la voluntad | 53 |
| 2.2. La correlatividad, la acción, la igualdad de armas procesales y la protección judicial plena como elementos del concepto de derecho subjetivo | 57 |

| | Pág. |
|---|---------|
| 3. EL PROBLEMA DEL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... | 59 |
| 3.1. Libertad individual y Derecho administrativo objetivo..... | 59 |
| 3.2. La libertad como fundamento de un Derecho administrativo de poderes de la Administración y de derechos del individuo..... | 62 |
| 3.3. La consolidación de un Derecho administrativo de poderes de la Administración sin derechos del individuo..... | 68 |
| CAPÍTULO III. SOCIEDAD Y AUTORIDAD: EL CONCEPTO DE INTERÉS LEGÍTIMO..... | 71 |
| 1. EL «INTERÉS» EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y EN EL DERECHO CIVIL..... | 74 |
| 1.1. Interés y regulación..... | 74 |
| 1.2. Interés y protección judicial..... | 79 |
| A) La objetivación del proceso civil: la desvinculación de la acción procesal respecto del derecho subjetivo..... | 79 |
| B) La ruptura de los principios de correlatividad y protección judicial plena: la desvinculación de la obligación respecto del derecho subjetivo..... | 80 |
| 2. EL «INTERÉS» EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... | 84 |
| 2.1. Interés y regulación..... | 85 |
| 2.2. Interés y protección judicial..... | 91 |
| PARTE SEGUNDA LA EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS DE DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO | |
| CAPÍTULO IV. FRANCIA..... | 101 |
| 1. LA AFIRMACIÓN DEL INTERÉS..... | 101 |
| 2. LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO..... | 108 |
| CAPÍTULO V. ITALIA..... | 115 |
| 1. LA AFIRMACIÓN DEL INTERÉS..... | 116 |
| 2. LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO..... | 123 |

| | Pág. |
|--|---------|
| CAPÍTULO VI. ALEMANIA | 131 |
| 1. LA AFIRMACIÓN DEL INTERÉS | 131 |
| 1.1. El interés como reverso del «derecho público subjetivo» | 131 |
| 1.2. La negación del derecho subjetivo a partir de una teoría pura del Derecho | 137 |
| 1.3. El interés llevado al paroxismo | 139 |
| 2. LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO | 142 |
| 2.1. El límite a la potestad como derecho subjetivo correlativo | 142 |
| 2.2. El interés como concepto subsistente: la teoría de la norma tuitiva | 145 |
| CAPÍTULO VII. ESPAÑA | 153 |
| 1. LA AFIRMACIÓN DEL INTERÉS | 154 |
| 1.1. El espejismo de un Derecho administrativo de derechos. El interés legítimo como concepto inexpresivo | 156 |
| 1.2. Negación del derecho subjetivo frente a la potestad discrecional y afirmación del derecho subjetivo «secundario» frente a la potestad reglada | 164 |
| 1.3. La recepción del interés legítimo | 170 |
| 1.4. El afianzamiento del interés legítimo | 178 |
| 1.5. La acabada teorización del interés legítimo | 181 |
| 2. LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO | 185 |
| 2.1. El límite a la potestad como derecho subjetivo correlativo | 185 |
| 2.2. El interés legítimo como clase de derecho subjetivo | 191 |
| 3. LA RECREACIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO COMO SITUACIÓN ACTIVA DISTINTA DE (Y CATALIZADORA DE MÁS TUTELA QUE) EL DERECHO SUBJETIVO | 197 |
| 3.1. Una tesis nueva y genuinamente española: el «interés en la acción» como situación jurídico-subjetiva | 197 |
| 3.2. Referencia al «interés en la acción» en los Derechos francés, italiano y alemán. Comparación con el Derecho español | 201 |
| 3.3. Origen y razón de ser | 209 |

PARTE TERCERA
DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

| | |
|---|---------|
| CAPÍTULO VIII. SUBJETIVACIÓN Y OBJETIVACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO | 217 |
| 1. ESTADO DE DERECHO Y DERECHO ADMINISTRATIVO «SUBJETIVADO» | 217 |
| 1.1. El Estado de Derecho como Estado de «derechos» | 217 |
| 1.2. La denominada «resarcibilidad» del interés legítimo | 222 |
| 2. ESTADO SOCIAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO «OBJETIVADO» | 229 |
| 2.1. Relevancia del fin o interés en el plano de la regulación | 229 |
| 2.2. El derecho subjetivo como autonomía de la voluntad y como interés jurídicamente protegido | 233 |
| 2.3. La denominada «nueva» Ciencia del Derecho administrativo | 236 |
| 2.4. La Law & Economics | 238 |
| CAPÍTULO IX. EL DERECHO SUBJETIVO COMO PROBLEMA REAL Y EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO PROBLEMA VERBAL | 243 |
| 1. EL DERECHO SUBJETIVO COMO PROBLEMA REAL | 243 |
| 1.1. El derecho subjetivo según la ciencia española del Derecho administrativo | 243 |
| 1.2. El derecho subjetivo como concepto constitucional | 251 |
| 1.3. La discrecionalidad «subjetivada» | 262 |
| 1.4. La distinción entre «norma de conducta» y «norma de control»: crítica a partir de la teoría de la discrecionalidad «subjetivada» | 266 |
| 2. EL INTERÉS LEGÍTIMO COMO PROBLEMA VERBAL | 272 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 277 |
| ÍNDICE ONOMÁSTICO..... | 297 |

PRESENTACIÓN

Si lo que en este libro se dice es verdad (y, a mi juicio, los argumentos de su autor son muy convincentes), lo que con esta obra se lleva a cabo es algo mucho más radical y rompedor que una simple revisión de conceptos dogmáticos (el de derecho subjetivo y el de interés legítimo), que es lo que, de forma modesta, indica su título. La pretensión indisimuladamente reformadora de las tesis que aquí se sostienen, hace que el libro se sitúe en el núcleo del objetivo fundamental de renovación teórica de esta colección *Administración pública y Derecho*, aunque —como le dije al autor al terminar de leer el trabajo recién escrito— en él, según lo veo yo, termine hablándose más del individuo, de los jueces, del Derecho y de los derechos que de la propia Administración.

Casi al comienzo se sitúa una de las ideas que será elaborada tenazmente con respecto al Derecho español (que no es, por lo demás, el único que en la obra importa): «la generalizada percepción del interés legítimo como figura canalizadora de protección judicial individual (más que la que resultaría de una justicia administrativa exclusivamente orientada al derecho subjetivo) es moderna, genuinamente española, inexacta y producto de razones metajurídicas más que científicas» (p. 26). Para Luis MEDINA el interés legítimo es, por el contrario, un artificio conceptual que ha encapsulado el autoritarismo de un Derecho administrativo antiindividualista, nacido a finales del siglo XIX y vivo hasta la Segunda Guerra Mundial; y que ha disfrazado técnicamente la ausencia de plena protección judicial (o de cualquier protección judicial) cuando la Administración incumplía obligaciones que el Derecho le imponía «solo» para proteger el interés general.

Desde luego, yo confieso haber participado durante décadas de esa «generalizada percepción» de que el interés legítimo servía para llevar más lejos (y ampliar el alcance de) la protección judicial; y conforme a esa idea entendí, desde que empecé mis estudios universitarios, el tenor literal del art. 24.1 CE: la tutela

judicial efectiva de los «derechos e intereses legítimos». Nada me llevó a cambiar esa idea ni siquiera cuando, en el paréntesis profesional que supuso mi trabajo como Letrado del Tribunal Constitucional, dedicaba una parte importante de mi tiempo a estudiar demandas de amparo en las que se invocaba ese derecho fundamental como vulnerado.

En su afán de reaccionar frente a pretéritas inmunidades del poder (es característico de los textos constitucionales ser como un grito de reacción contra el pasado), la Constitución aprovechó una fórmula procedente precisamente del pasado (de forma singular, de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956) y convirtió en regla suprallegal la obligación del juez de brindar protección al ciudadano «incluso» más allá del derecho subjetivo, para amparar «también» los intereses legítimos. Es cierto que no era fácil encontrar explicaciones dogmáticamente cerradas y convincentes sobre lo que se debía entender bajo este segundo concepto. Pero la intuición de que se estaba ante un *plus* de protección constitucionalmente garantizado era indudable.

En las clases de Derecho administrativo a las que yo asistí se explicaba que no todas las normas de esta rama del Derecho público que imponían obligaciones a la Administración tenían la finalidad de conceder, al mismo tiempo, derechos subjetivos a los ciudadanos. El ejemplo que se utilizaba para la explicación era, casualmente, el mismo de Rudolf VON IHERING que aparece en las páginas de esta obra (p. 81): el régimen de aranceles del Estado alemán beneficia a los fabricantes alemanes, pero esas normas protegían intereses del Estado y no tenían como finalidad regular derechos de los fabricantes, que se beneficiaban por un efecto reflejo de su correcta aplicación por la Administración, pero no podían reclamar esa ejecución en los tribunales, porque para esos individuos los efectos fácticos positivos no eran intereses jurídicamente protegidos. Aquí se encontraba ya la médula de la tesis alemana de la *Schutznormlehre* (todavía vigente en la República Federal): con carácter general, para que se pueda pedir protección judicial es necesario que de la norma, expresa o implícitamente (como fruto de una correcta interpretación), se pueda concluir su finalidad de proteger al individuo.

La comparación de esta tesis alemana con el Derecho positivo español convertía casi en una verdad de Perogrullo que nuestro sistema era más protector que el de la *Grundgesetz*: nosotros utilizábamos como estándar de partida el sustrato (la doctrina de la norma protectora) y la primera consecuencia (la protección plena del derecho subjetivo) de la construcción foránea; pero, además, añadíamos la posibilidad de obtener protección sobre la base de meros intereses legítimos. Un nivel mayor de tutela era inimaginable, salvo que en todos los ámbitos del Derecho administrativo se implantara la acción pública (que, por cierto, existía en algunos, como el del urbanismo).

Explicaciones que nos parecían paralelas a las del Derecho español, por otra parte, se encontraban también en el Derecho francés (acciones de plena jurisdicción para el derecho subjetivo y de anulación para el interés, entendido como requisito procesal de legitimación) y en el italiano (protección de los derechos

en la jurisdicción ordinaria y de los intereses —como posición activa del ciudadano distinta del derecho subjetivo— en la administrativa). El sistema estaba aparentemente ordenado y descansaba sin tensiones sobre su poder tópico de convicción y la seguridad que a uno le da comprobar que en su entorno se dan soluciones semejantes a problemas análogos.

Algo relevante sucedía, además, en el Derecho español, por la vía práctica, que desalentaba los intentos de revisión dogmática y rigor teórico. Y es que nuestra jurisprudencia contencioso administrativa nunca se tomó en serio la distinción de las pretensiones y del contenido de la sentencia que se vinculaban en la Ley de 1956 a la circunstancia de que el recurrente hiciera valer un derecho subjetivo (reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídico-subjetiva) o un interés legítimo (mera anulación del acto). «El pragmatismo judicial (desactivó) sin más los preceptos que asignaban al interés legítimo solo protección anulatoria» (L. MEDINA, abajo, p. 212). «La sensibilidad de los tribunales contenciosos (...) pasando por alto si lo que el recurrente esgrime es un derecho subjetivo o un interés, resuelven con absoluta habitualidad condenando a la Administración a adoptar las medidas necesarias para restablecer plenamente la situación dañada»¹.

Los escrúpulos que pudiera suscitar este pragmatismo *alegal* de los tribunales dejaron de preocupar, al menos, desde 1975, cuando Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA ofreció una inteligente construcción teórica que hacía nacer un «derecho subjetivo reaccional» de cualquier ilegalidad administrativa que afectara perjudicialmente al círculo vital de un ciudadano². El autor de este libro contrasta detalladamente la tesis del «derecho subjetivo reaccional» con las suyas abajo, pp. 185-197.

Luis MEDINA demuestra, sin embargo, en un análisis histórico y comparado de gran estilo, que el verdadero significado del interés legítimo había sido siempre, en contra de lo que se acaba de exponer, la mayor protección del Estado y de la finalidades públicas colectivas y una simétrica infraprotección del individuo, «resultante de la afirmada prevalencia del interés general» (p. 196); y que hoy el concepto —también por exigencias constitucionales— es «un continente vacío, un fósil, un vestigio, la huella de algo que ha desaparecido» (p. 272). Lo cierto es que entonces surge el problema relativo a qué sentido debe darse al art. 24.1 CE, cuyo tenor literal refleja en la voluntad subjetiva del constituyente, en realidad, un error de comprensión histórica, pero evidentemente debe recibir una interpretación objetiva coherente en el contexto de la regulación constitucional de la protección judicial del ciudadano (a esto se dedican las últimas páginas de la obra, pp. 272-275).

¹ Así, por ejemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Madrid, 1988, p. 897.

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los derechos públicos subjetivos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6 (1975), pp. 427-448. Esta exposición se llevó después al *Curso*; vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Madrid, 2008, pp. 34-54.

Por razones que no vienen al caso he prestado atención últimamente a dos regulaciones del Derecho positivo que creo que sirven para ilustrar algunas consecuencias de las tesis de Luis MEDINA. Las dos se refieren a la garantía de la accesibilidad universal a la vivienda para las personas mayores de setenta años, que es, seguramente, una de las cuestiones más relevantes que al Derecho le plantea la realidad de unas ciudades cuya población envejece. Dejemos el cielo de los conceptos jurídicos y bajemos a la tierra donde viven los mortales. A la persona mayor que sube y baja escaleras con dificultad o, incluso, necesita una silla de ruedas, la falta de instalaciones que garanticen la accesibilidad universal (rampas, ascensor u otros mecanismos elevadores) le puede poner en la tesitura de tener que optar entre vivir en su casa en una situación (más o menos acentuada) de enclaustramiento o irse a una residencia para mayores.

El Derecho español ya ha adoptado, desde hace años, la decisión de imponer la garantía de la accesibilidad de estas personas mayores a su vivienda, en buena medida, sobre los propietarios de los edificios en los que dicha vivienda se encuentra, como carga derivada de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE). Es conocido que los (en su mayor parte, flexibles) mandatos de optimización relativos a la política social y económica contenidos en el capítulo tercero del título primero de la Constitución —en este caso, en especial, el derecho de las personas mayores a una vivienda digna y adecuada a sus circunstancias (art. 47 CE) y la protección de las personas mayores (art. 50 CE) y con discapacidad (art. 49 CE)— han sido utilizados con frecuencia por el legislador para delimitar, mediante la imposición de cargas u obligaciones que se imputan a la cuenta de la función social, el contenido del derecho de propiedad.

Dos son las regulaciones, una de Derecho privado y otra de Derecho público, que se ocupan de forma directa de la cuestión que nos ocupa. La primera, la de Derecho privado, se contiene fundamentalmente en el art. 10.1.b) de la Ley de propiedad horizontal, precepto que se refiere a una relación jurídico-privada entre la comunidad de propietarios (a la que se impone una obligación) y uno de ellos (al que se otorga un derecho subjetivo correlativo a dicha obligación) en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años. Se hace obligatoria para la comunidad, sin que se requiera siquiera acuerdo previo de la junta, la realización de las obras que deriven de los «ajustes razonables» que garanticen la accesibilidad universal y sean instadas por el mencionado propietario. Se entiende que son ajustes razonables, por lo que se refiere al valor de las obras, las que no superen el importe de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. El cálculo exacto de esta cuantía, por cierto, no está exento de problemas interpretativos.

La regulación de Derecho público la ha ubicado nuestro Derecho urbanístico, por su parte, bajo el paraguas de una institución ya clásica en esta rama del Derecho administrativo, que es la del deber de conservación: la función social de la propiedad ha obligado tradicionalmente a los propietarios a realizar las obras necesarias para mantener su edificación en condiciones adecuadas de se-

guridad, salubridad y ornato público. Desde hace ya casi diez años³, a la seguridad, la salubridad y el ornato público se ha añadido la accesibilidad universal [hoy, art. 15.1.b) del Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana (TRLRSRU)]. Si un edificio tiene, por ejemplo, la fachada en una inadecuada situación estética y no es accesible para todos, la Administración municipal, a través de la orden de ejecución, puede imponer a los propietarios la obligación de realizar las obras necesarias para subsanar esas deficiencias.

Con carácter general el límite del coste de las obras que deben asumir los propietarios alcanza la cuantía de la mitad del valor de reposición de la edificación (art. 15.3 TRLRSRU). Ese es el contenido normal de la propiedad delimitada por su función social (en su vertiente jurídico-pública). En esta regulación la garantía de la accesibilidad universal es solo uno de los conceptos que, entre otros (la seguridad, la salubridad...), obligan a los propietarios a realizar obras. Debe notarse que se regula aquí una relación de Derecho público (entre los propietarios y la Administración municipal) que no exige que ninguno de los vecinos tenga una discapacidad o más de setenta años. El edificio ha de ser accesible para todos con independencia de que ninguno de los que habitualmente usan el edificio en la actualidad tenga problemas de movilidad. Ya los tendrán, seguramente; es cuestión de tiempo...

Lo relevante ahora es destacar que, por lo que se acaba de decir, podría defenderse argumentativamente, en los términos del planteamiento tradicional al que se ha hecho referencia, que la finalidad de esta norma del Derecho urbanístico estatal no es la de conferir una protección subjetiva a nadie, sino la regulación objetiva de cuál debe ser el estado de las edificaciones conforme a las exigencias del interés general. Para articular la protección judicial de un vecino de más de setenta años que quiere reaccionar frente a la inactividad de la Administración que no dicta la orden de ejecución imponiendo la realización de obras que garanticen la accesibilidad, la construcción clásica se valdría del dato del Derecho positivo de la acción pública en materia de urbanismo (art. 62 TRLRSRU) o del concepto igualmente clásico del interés legítimo.

Luis MEDINA no necesita nada de esto. El incumplimiento de la obligación que el Derecho objetivo impone a la Administración, con independencia de cuál sea la finalidad de la norma, lisa y llanamente, vulnera un derecho subjetivo (correlativo a dicha obligación) de ese vecino. En nada se diferencia estructuralmente el derecho subjetivo que otorga la Ley de la propiedad horizontal del que deriva de la Ley del suelo. E igual de plena ha de ser, en consecuencia, la protección jurisdiccional que —en cada uno de los casos— brinde el juez civil o el órgano judicial contencioso-administrativo. La idea de la correlatividad entre obligación y derecho que, derivada de la dignidad humana como derecho del hombre a elegir sus fines, en el siglo XIX se perdió para el Derecho administrativo y quedó recluida solo en el ámbito del Derecho privado y las relaciones

³ Salvo error, la primera referencia a la accesibilidad en la regulación básica estatal del deber de conservación se encuentra en el art. 9.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

horizontales entre el ciudadano y la Administración, vuelve a recuperarse ahora en España, Francia, Italia y Alemania, donde «el Estado de Derecho *subjetiva* el Derecho administrativo en el sentido de que la norma objetiva funciona siempre como derecho subjetivo de quien sufre su incumplimiento» (p. 222). «Todo el Derecho administrativo objetivo (es) derecho subjetivo bajo la condición de que el incumplimiento del primero afecte singularmente a quien esgrime el segundo» (p. 220) en un proceso en el que ha de poder obtenerse tutela judicial plena.

Luis MEDINA explicará por qué esto es así, aunque no lo haya sido históricamente, y por qué sobra hoy el concepto de interés legítimo, que ya es solo un «problema verbal». Y al lector queda el juicio de si la explicación es tan convincente para él como lo ha sido para mí.

Cantoblanco, abril de 2016.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1. JUSTIFICACIÓN

El concepto de «derecho subjetivo» es capital en el pensamiento occidental, quizá más que ninguno. A su lado aparece el «interés legítimo», pero solo en el lenguaje de los administrativistas¹ y únicamente en algunos países de la

¹ La teoría general del Derecho no maneja el concepto. Solo algunos filósofos se hacen eco de su utilización en determinados sistemas de Derecho administrativo para rechazar abiertamente su configuración como situación activa distinta del derecho subjetivo (en Italia: R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, 2.^a ed., Torino, Giappichelli, 2014, pp. 83-100; en México: J. A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 175-200, e íd., «El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva», *Isonomía*, núm. 39, 2013, pp. 185-213). Del mismo modo, la noción solo alguna vez aparece en trabajos de Derecho privado o procesal civil, que la describen como perteneciente al Derecho administrativo (J. CASTÁN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Reus, 1963, pp. 16 y 52), rechazan su juego en asuntos civiles (L. DÍEZ-PICAZO, «Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista del Poder Judicial*, núm. 5, 1987, pp. 41-49) o le asignan un reducido papel bajo la influencia determinante de la doctrina constitucional del art. 24 CE edificada sobre casos contencioso-administrativos (J. A. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 203-206). La figura ha dado algo más de juego en la ciencia italiana del Derecho civil (L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967), pero también bajo la fuerte influencia del Derecho administrativo y con mucha controversia (A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 112-122). Con todo, el concepto jurídico-administrativo de «interés legítimo» está íntimamente conectado con el concepto utilitarista de «derecho subjetivo» como *interés* jurídicamente protegido popularizado por Rudolf VON IHERING. A ello me refiero después.

Europa continental². España es uno de estos países: la expresión (u otras afines: «interés directo», «interés patrimonial legítimo») está presente en nuestra literatura jurídico-administrativa desde mediados del siglo XIX y en la legislación a partir del primer tercio del siglo siguiente. Hoy luce en la Constitución [arts. 24 y 162.1.b)] y en muchísimos textos legales del Derecho público, incluidos los más significativos³.

La expresión plantea problemas no exclusivamente terminológicos. El interés legítimo ha sido históricamente una situación jurídico-subjetiva del administrado. Lo es todavía hoy, según el criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia.

² El significante puede leerse también en textos jurídicos hispanoamericanos elaborados bajo la influencia de los Derechos administrativos español, francés o italiano. Por ejemplo, Argentina (J. L. MONTI, *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional: derecho subjetivo, interés legítimo, derechos de incidencia colectiva, bases normativas, acceso a la tutela jurisdiccional, legitimación, mecanismos procesales, acción de amparo, acciones de clase, Derecho comparado, jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005), Chile [J. C. FERRADA BÓRQUEZ, «El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses», *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXV, núm. 1, 2012, pp. 103-126], México (U. SCHMILL ORDÓÑEZ y C. DE SILVA NAVA, «El interés legítimo como elemento de la acción de amparo», *Isonomía*, núm. 38, 2013, pp. 247-268, y F. VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO, «El proceso al servicio de los derechos: alcance del interés legítimo en el Derecho comparado», *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho constitucional*, núm. 26, 2012, pp. 405-456) o Venezuela (A. ESPINOZA y J. RIVAS, *Comentarios a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.^a ed., Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, 2011, pp. 11-34).

³ Sin ánimo de exhaustividad y por orden cronológico pueden citarse las siguientes leyes vigentes: Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 1.1); Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) (art. 47.1); Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (art. 10.1); Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (art. 9.5); Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 7.3); Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía (art. 41); Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [arts. 30, 31, 34, 37.3, 54.1.b) y 107.1 vigentes hasta el 2 de octubre de 2016]; Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León [art. 2.a)]; Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 20); Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA 1998) (arts. 18 y 19.1); Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (art. 16.2); Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 6.2); Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria [art. 232.1.b)]; Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (art. 53.1); Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalidad de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la Guerra Civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica (punto IV EM); Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional (art. 7.1); Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 12.2); Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (art. 24.2); Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia [arts. 4.2.d) y 6.2.b)]; Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (art. 42); Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas (arts. 4, 8, 20.1, 35.1, 39, 46, 112.1 y 133.2, que entrarán en vigor a partir del 2 de octubre de 2016), y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 17.7 y 26.6, que entrarán en vigor a partir del 2 de octubre de 2016).

dencia españolas. Concretar cuáles son las posiciones de poder que el Derecho atribuye al ciudadano frente a la Administración no es un problema *nominal*; constituye un problema *real* muy relevante. Implica penetrar la médula del Derecho público; es, sencillamente, hablar del modo en que el sistema constitucional distribuye espacios entre la autoridad y la libertad, el colectivo y el individuo⁴. Se trata, más precisamente, de determinar, a la vista del marco constitucional, si, y hasta qué punto, quien sufre perjuicios como consecuencia de las irregularidades de la Administración puede hacer valer el Derecho administrativo objetivo incumplido como una posición individual subjetiva merecedora de plena protección judicial. Nótese el alcance general del problema: la teoría de las situaciones subjetivas del administrado debe responder no ya a la cuestión de cuáles son las posiciones de poder que garantiza directamente la Constitución (p. ej., derechos fundamentales), debe determinar en el marco de los principios y reglas constitucionales si, y hasta qué punto, la legalidad *objetiva* ordinaria puede funcionar como posición *subjetiva* merecedora de protección.

Cabría esperar por todo ello que el significado jurídico del «interés legítimo» fuera de los más estudiados en la ciencia española del Derecho público y que los administrativistas hubieran producido sobre él una literatura en alguna medida comparable a la publicada por filósofos y civilistas sobre el derecho subjetivo, que es prácticamente inabarcable. No es así en absoluto. Un dato sintomático: en toda la historia de la *Revista de Administración Pública* solo cuatro estudios incluyen la expresión en su título y, lo que es aún más sorprendente, todos ellos se refieren al Derecho administrativo italiano⁵. Dicho de otro modo, una de las revistas más importantes del Derecho administrativo español no ha tratado el juego de la figura en nuestro ordenamiento jurídico⁶. Hay varias monografías y múltiples artículos que se refieren a ella bajo la estricta perspectiva procesal de

⁴ En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre los derechos públicos subjetivos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, pp. 427-448.

⁵ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Responsabilidad de la Administración Pública por lesión de intereses legítimos», *Revista de Administración Pública*, núm. 42, 1963, pp. 453-456; A. SALERNO y R. MORENO FUENTES, «La responsabilidad de la Administración por daños que afectan a los “intereses legítimos” en el sistema italiano. ¿Un cambio revolucionario?», *Revista de Administración Pública*, núm. 152, 2001, pp. 421-456; M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Nuevas tendencias de la justicia administrativa en Italia: hacia algunas quiebras de la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 501-540, y G. F. CARTEI y G. GARDINI, «La tutela del interés legítimo en el ordenamiento italiano: nuevas perspectivas para el ciudadano», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005, pp. 423-439.

⁶ Hay dos trabajos sobre el «interés» en el Derecho administrativo español relativos a la jurisdicción administrativa *retenida* (llamada de «agravios») para cuestiones de personal instaurada por Ley de 18 de marzo de 1944 (F. GARRIDO FALLA, «El interés para recurrir en agravios», *Revista de Administración Pública*, núm. 9, 1952, pp. 157-174) y a la jurisdicción contencioso-administrativa regulada por la Ley de 27 de diciembre de 1956 (L. ORTEGA ÁLVAREZ, «La inmediatez del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977, pp. 211-228). Solo el primero desarrolla una teoría de las situaciones jurídico-subjetivas del administrado. A estos trabajos me refiero con mayor detenimiento después.

la legitimación. Ahora bien, el tratamiento del interés legítimo en el marco más amplio de la teoría de las situaciones jurídico-subjetivas del administrado es escaso, sin desdeñar la relevante serie de contribuciones que después cito.

La ausencia de preocupación es llamativa también por contraste con otros sistemas jurídicos: el interés («legítimo», «jurídicamente desprotegido» o «poco protegido») constituye un problema nuclear no solo en los países latinos, también en el Derecho público alemán. Más aún, no es exagerado afirmar que el concepto de interés constituye en buena medida la base sobre la que estos países han levantado nada menos que su teoría general del Derecho administrativo. A la vista de la ciencia jurídica desarrollada por estos ordenamientos a partir del siglo XIX, cabe apreciar esquemáticamente que el *interés* ha sido al Derecho administrativo lo que el *derecho* es al Derecho civil. La afirmación vale claramente para Francia, por la importancia de su contencioso-administrativo objetivo de *intereses* (o de anulación) en oposición tanto al contencioso-administrativo subjetivo de *derechos* (o de plena jurisdicción) como al proceso civil de *derechos*. También para Italia, por la relevancia de su justicia administrativa de *intereses legítimos* en oposición a la jurisdicción ordinaria de *derechos subjetivos*. Y vale incluso para el Derecho administrativo alemán, pese a que entre nosotros (y en la doctrina italiana) hay el lugar común de que el «interés» es un concepto latino por completo desconocido en entornos germánicos. La ciencia alemana del Derecho público se desarrolló a partir de la segunda mitad del siglo XIX estrechamente vinculada a la teoría del «derecho público subjetivo». Esta teoría, formulada a la inversa, es una doctrina del «interés» como posición frente a la norma destinada a la protección del interés general que no merece protección (G. JELLINEK) o que, todo lo más, da acceso a un contencioso de Derecho objetivo (GNEIST). El Derecho administrativo alemán aún hoy emplea el concepto para, por ejemplo, catalogar la situación (y justificar la desprotección) del licitador ante el incumplimiento lesivo de las normas nacionales (sin genética europea) que rigen la adjudicación de contratos públicos (*Schutznormtheorie*). Abordaré estas cuestiones con detenimiento. Lo que quiero destacar ahora es, simplemente, que el concepto de «interés» está también en los orígenes mismos de la ciencia alemana del Derecho administrativo, contando con la copiosa literatura que falta en España.

¿Qué es un interés legítimo? Si el problema del derecho subjetivo «se resuelve en su historia»⁷, otro tanto ocurre con la cuestión del interés legítimo. Tratar de responderla pasa no por analizar en el presente las diferentes definiciones para afirmar la superioridad técnica de unas sobre otras, sino por comprender primero por qué surgió la noción, el problema que a su través quiso resolverse, así como las concepciones del mundo y vicisitudes que condicionaron su formulación. Por eso, para valorar las ventajas y desventajas de los conceptos hoy circulantes o construir un significado alternativo, no basta con (ni puede empezarse

⁷ Hago mía la tesis central de R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 178-189.

por) una labor de interpretación mera del Derecho positivo vigente. Se precisa un recorrido histórico que ilumine las pulsiones ideológicas y coyunturas subyacentes a las diversas teorías. Solo él permite comprender por de pronto por qué el interés legítimo preocupa más fuera de España que dentro de ella y por qué hoy solo nosotros (y juristas hispanoamericanos sobre los que hemos ejercido alguna influencia) lo afirmamos como posición activa que habla nada más que de legitimación procesal.

Contamos con formidables investigaciones sobre la historia de la justicia administrativa española. Sin embargo, faltan estudios que, como los publicados en otros países europeos⁸, pongan en primer plano la teoría *material* subyacente, esto es, la relativa a las situaciones jurídico-subjetivas que aquella justicia administrativa debía o no proteger. No solo: desde el siglo antepasado hasta hoy, quienes han propuesto tesis sobre estas cuestiones por lo general no toman en consideración las precedentes. El profesor Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO sí lo hizo al formular la suya en 1920 en contraposición a la afirmada en el siglo XIX, personificada en Santos ALFARO Y LAFUENTE y Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES. Sin embargo, no hicieron lo propio en los años sesenta Fernando GARRIDO FALLA ni Juan Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, responsables —junto a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA— de las más relevantes teorías españolas sobre la situación activa del ciudadano enfrentado al poder administrativo (y del alcance consecuente de la protección judicial). Hay diálogo con el Derecho foráneo, pero no con nuestro pasado⁹.

Hoy domina clarísimamente (también en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa) una teoría sobre el interés legítimo no coincidente con las propuestas por aquellos autores. Quienes la exponen incluyen referencias puramente nominales a GARRIDO FALLA y, sobre todo, a GARCÍA DE ENTERRÍA (también a clásicos italianos y alemanes, singularmente Oreste RANELLETTI y Georg JELLINEK) sin enlazar verdaderamente con la evolución de la figura ni tomar en consideración la variedad de factores (culturales, ideológicos, legislativos) que la han decantado históricamente. Falta también un verdadero contraste con la evolución experimentada en otros países. Todo ello ha dado lugar a que no hayamos

⁸ Entre otros, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985; H. BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, y N. FOULQUIER, *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 25, Paris, Dalloz, 2003.

⁹ Lo mismo cabe afirmar respecto de la contribución de A. ESTEBAN DRAKE, *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Madrid, Civitas, 1981. Estudia el problema en Francia, Alemania e Italia, pero a España dedica solo un breve excursus sobre «el derecho de carácter administrativo» de la Ley «Santamaría de Paredes» de 1888 (pp. 111-116), sin llegar a proponer una teoría de las situaciones jurídico-subjetivas para el Derecho administrativo actual. Ello se debe a que es un trabajo póstumo inacabado. También por esta razón resulta de difícil lectura; por mi parte, solo al avanzar con la investigación lo he podido comprender y aprovechar. Pese a todo, la monografía es uno de los trabajos más relevantes que he leído sobre el tema.

sabido aislar convenientemente los elementos positivos que encierra el Derecho administrativo español en comparación con los de nuestro entorno; también a que no seamos conscientes de que la generalizada percepción del interés legítimo como figura canalizadora de protección judicial individual (más de la que resultaría de una justicia administrativa exclusivamente orientada al derecho subjetivo) es moderna, genuinamente española, inexacta y producto de razones metajurídicas más que científicas. Por eso rastrear la evolución del concepto de «interés legítimo» suministra elementos preciosos para la renovación de nuestra doctrina de las situaciones activas del administrado; doctrina que, situada a la base del contencioso, está llamada a tener formidables repercusiones prácticas.

2. OBJETO Y ESTRUCTURA

La investigación surgió con el propósito fundamental de esclarecer la manera en que el sistema español ha forjado su concepto de interés legítimo. Ello ha obligado a abordar también (con intensidad correlativa) el concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo; el interés legítimo y el derecho subjetivo han sido siempre (y siguen siendo en España a la vista de la concepción dominante) vasos comunicantes: afirmar uno implica rechazar otro.

Para comprender la evolución del concepto de «interés legítimo» (y, por tanto, también la del «derecho subjetivo») en el Derecho administrativo español ha sido imprescindible introducir la idea de derecho subjetivo de la Escuela de Derecho Natural y de la teoría general del Derecho civil, así como la experiencia de los países que han influido sobre nosotros (Francia, Italia y Alemania). Las referencias filosóficas y de teoría general, así como la comparación, son no ejercicios de erudición, sino elementos capitales sin los cuales resultaría imposible cumplir ese objetivo: los diferentes conceptos de interés legítimo (y, por tanto, también de derecho subjetivo) que ha conocido el Derecho administrativo español no pueden comprenderse al margen de la tradición iusnaturalista y civilista, de la experiencia de aquellos ordenamientos y del modo en que una y otros ejercieron influencia. No obstante, el enfoque histórico, teórico-general, multidisciplinar y comparado ha permitido obtener conclusiones interesantes, pienso, que trascienden el Derecho español.

El propósito inicial de este libro no era defender un concreto concepto de interés legítimo (ni, por tanto, tampoco de derecho subjetivo) ni dar significado jurídico a las normas que hoy utilizan el significante. No obstante, el análisis histórico ha orientado hacia una determinada tesis. La razonaré en términos constitucionales en la parte final sobre el derecho subjetivo y el interés legítimo en el Derecho administrativo contemporáneo.

La primera parte de la investigación plantea de manera general el problema del derecho subjetivo (II) y el interés legítimo (III), abarcando todos estos ordenamientos. La parte segunda analiza separadamente y con detalle cada uno de ellos. Las reflexiones comparativas aparecen paulatinamente; tras abordar el