

LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

María Isabel GARRIDO GÓMEZ*

SUMARIO: I. *El nuevo contexto.* II. *Consideración especial del derecho administrativo.* III. *La consecución del interés general por parte de la administración.* IV. *Los límites a la administración y la protección del interés general.* V. *A modo de conclusión.*

I. EL NUEVO CONTEXTO

El punto de partida del análisis enunciado en el título de este estudio es que, hoy día, se ha producido una mutación en todos los órdenes, y que los paradigmas de la modernidad ilustrada, aunque siguen teniendo mucho que decir, han planteado cuestiones lo suficientemente relevantes como para ser abordadas. Un ejemplo recurrente para valorar el nuevo contexto en el que nos movemos es el que nos muestra Arnaud, pudiéndose sintetizar en los siguientes niveles de análisis: a) hay “un cambio de los modelos de producción dada por una dislocación de la actividad económica facilitadora de los traslados de una parte de las operaciones de trabajo de un país a otro”, contribuyendo al surgimiento de una nueva división internacional laboral; b) “hay un desarrollo de los mercados de capitales establecidos más allá de las naciones”, naciendo un flujo que no tiene en cuenta las fronteras, y c) “hay una creciente expansión de las multinacionales”, que tiene “la posibilidad de aumentar en gran medida su producción, dado su poder negocial y de mercado en una economía a escala planetaria”. Economía en la que concurre “la importancia creciente de los acuerdos comerciales entre naciones formando bloques económicos regionales de primer nivel”; “un ajuste

* Catedrática (acreditada) de filosofía del derecho, Universidad de Alcalá, España, misabel.garrido@uah.es.

estructural que engloba la privatización y la disminución del papel del Estado”; “la hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas”; “una tendencia generalizada en el mundo de la democratización, la protección de los derechos del hombre, así como un renovado interés por el Estado de derecho”; y “la aplicación de actores supranacionales y transnacionales promotores de la democracia y la protección de los derechos del hombre”.¹

Por otro lado, vistas así las cosas, se observa que existen instituciones que actúan como centros de poder económico, caso de la OMC, el FMI o el Banco Mundial —también la OCDE, o el G7—. En efecto, se puede afirmar que cada una de ellas forma algo similar a un sistema global, en el cual son ellas las únicas responsables en la determinación de las reglas de funcionamiento, de su ejecución y del control de su realización por medio de un sistema de resolución de conflictos, dando lugar a un proceso de *feudalización* de la administración y del derecho administrativo. Así pues, esto nos conduce a mantener que la democracia es cada vez menos representativa, menos participativa y alcanza cotas menores de emancipación ciudadana.² Al hilo de estos aspectos, el desplazamiento de los poderes de decisión jurídica original a organismos, mecanismos y sistemas supranacionales de coordinación, a lo que se une que de estos procesos derive una pulverización de los cauces de legitimación democrática a favor de una legitimación técnica apoyada en exigencias de funcionamiento que son inherentes a la estructura del sistema.³

En definitiva, las fuerzas económicas han potenciado vías y formado organizaciones que escapan, al menos en su mayoría, del Estado. En esta dirección, se aprecia que los Estados-nación se van excluyendo progresivamente de los intercambios mundiales, cuya tendencia es a convertirse en transnacionales. Ahora bien, no debemos olvidar que el Estado-nación, a pesar de su carácter cada vez más degradado, sigue siendo un punto de referencia obligado. Desde otra perspectiva, y en un sentido contradictorio, el movimiento contemporáneo de la globalización acarrea el interés hacia los procesos, identidades y unidades de análisis locales, conllevando un re-

¹ Arnaud, A. J. y Fariñas Dulce, M. J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2006, pp. 280 y 281.

² Fariñas Dulce, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2004, p. 26; González García, J. V., “Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, pp. 14 y 15.

³ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 200 y ss.

greso de la sociedad civil, cuya representatividad es creciente a la hora de la regulación social.⁴

Llegados a este punto, la pregunta que convendría hacernos es ¿cuál es el mayor problema que se debe tener en cuenta? Pues bien, a este respecto creo que la respuesta de Ferrajoli es muy certera. Según el autor, la credibilidad del derecho ha entrado en crisis al mostrarse incapaz de dictar normas adecuadas para dar solución a los desafíos de la globalización. Ferrajoli describe la situación como “un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política”.⁵

Asumiendo los anteriores postulados, no cabe duda de que la idea de la unificación del derecho en la era de la globalización parte de que hay una nueva relación en las fronteras entre lo público y lo privado. Las administraciones públicas recurren progresivamente al derecho privado cuando proceden a la venta de sus activos y emplean la contratación para cumplir con las misiones que tienen encomendadas, prestando servicios de forma indirecta mediante las concesiones a empresas que son privadas, extrapolando a las empresas públicas fórmulas utilizadas en el derecho privado o recurriendo a la constitución de fundaciones.⁶ Esta asunción de contenidos tiene como consecuencia que se haya llegado a hablar de un derecho común europeo con referencia al derecho interno de los Estados de la Unión dictado para cumplir con una obligación establecida por las normas de derecho comunitario.⁷

Al mismo tiempo, cada vez más, aparecen normas sustitutorias de las nacidas del Estado liberal y el derecho decimonónico. Tales normas se caracterizan por ser procedimentales y por servir para reforzar los criterios

⁴ Arnaud, A. J., *Entre la modernidad y la globalización*, trad. de N. González Lajoie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 37; Lima Torrado, J., “Globalización y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (España), t. XVII, 2000, p. 48.

⁵ Ferrajoli, L., “Criminalidad y globalización”, trad. de M. Carbonell, revisión de P. Andrés Ibáñez, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 115, 2006, p. 302.

⁶ Zapatero, V., *El arte de legislar*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 376 y 377; además, Furger, F., “Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance”, en Appelbaum, R. et al., *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 202 y ss.

⁷ Santos Sousa, B. de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Londres, Routledge, 1995; Estévez Araújo, J. A., “La globalización y las transformaciones del derecho”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Madrid, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, vol. 1, p. 316.

sociales de control; así, su imperatividad es baja, pero no su coercibilidad. No obstante, todo no queda aquí, sino que la lectura de la complejidad anunciada inicialmente se traduce en que el derecho se reprivaticice. Por lo que retrocede el derecho público, adquiriendo también la idea de la Constitución unos perfiles nuevos al adoptar la forma de “una carta de identidad política y cultural” y actuar como un centro de convergencia de valores en cuyo campo sólo tendrían absolutividad, desde un punto de vista sustantivo, los derechos de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico, por medio de la adopción de mecanismos neutralizadores de soluciones que siguen una línea homogeneizadora, y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social indiferenciada.⁸

II. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Según reza el título del estudio que tenemos entre manos, lo que nos interesa primordialmente es analizar qué representa el derecho administrativo contemporáneo y cuál es su función a la hora de proteger el interés general. Atendiendo, por tanto, a esta cuestión, a primera vista lo más llamativo es la vinculación que muestran las transformaciones del Estado de derecho y del derecho administrativo, en el que las cláusulas abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados aportan el soporte material sobre el que la discrecionalidad administrativa actúa, asumiendo grandes cotas de libertad.⁹

Por otra parte, existe una fuerte incidencia de lo que Beck ha venido en denominar *sociedad de riesgo*. Ésta encuentra su origen en el hecho de que la seguridad se confirma como un bien de consumo más, administrado pública y privadamente para llegar a obtener beneficios. De esta forma, si hay que catalogar un riesgo como peligro no aceptable, ello depende de intereses y no de cuestiones objetivas. La construcción de la seguridad, y el control del pensamiento social y la acción política en la primera etapa de la modernidad, se están haciendo ficticias en el entorno de la *sociedad del riesgo global*.¹⁰ Con estas coordenadas, nos hallamos ante un contexto social que no está responsable-

⁸ Véase la obra de Faria, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Madrid, Trotta, 2004.

⁹ Ayres, Y. y Braithwaite, J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, y, en concreto, González García, J. V., “Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁰ Beck, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 221 y ss.

mente organizado. La misma sociedad que se mueve por intereses decide cuáles son los riesgos aceptables y cuáles son los peligros inadmisibles. Para hablar de ella, es preciso comenzar a conformar acciones y dar viabilidad a la creación de instituciones internacionales frente a los peligros globales.¹¹

Así, la regulación actual no impone ya simples límites de mínimos, como ocurría en el siglo XIX, sino que establece una relación de requisitos condicionantes, razón por la que muchos hablan de un derecho administrativo neopolicial.¹² En este sentido, muchas veces se ha optado por reducir el campo de aplicación del derecho administrativo a las esferas en las que resulta totalmente imprescindible a causa de que el derecho privado no es aplicable para conseguir los fines del interés general. Tal cosa hace que perdamos en garantías, y esa pérdida puede ser causa de ineficiencias, dado que el no tener un control adecuado de la actividad administrativa abre un cauce para el empleo incorrecto de los fondos públicos, el descontrol del gasto o la corrupción.¹³ Prosiguiendo con el análisis de esta realidad, el hecho de que surja una huida hacia el derecho privado gracias al propio legislador es una cuestión que nos debe hacer tomar conciencia de la realidad y examinar los campos que han quedado desfasados, proponiendo nuevas soluciones y buscando un nuevo equilibrio que se ajuste mejor a las necesidades de nuestra coyuntura con nuevas técnicas y nuevos instrumentos.¹⁴

A mi juicio, el camino de la seudoprivatización que se ha iniciado por la administración supone que, mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado, hay una supuesta creencia de que el derecho administrativo no es útil. En relación con lo expuesto, se sustenta que tal derecho no sirve para llevar a cabo la actividad propia de la administración; solamente aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete al derecho examinado. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles, porque el derecho

¹¹ Beck, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, cit., pp. 222-226.

¹² Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 116 y ss.

¹³ Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 105, 106 y 130 y 131.

¹⁴ Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 240 y ss. Sobre el tema, véase Head, M., *Administrative Law. Context and Critique*, Sydney, The Federation Press, 2008, pp. 50 y ss.

privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general.

Mas, ante la realidad escenificada, se percibe que la administración es una organización de carácter instrumental. Por esta razón, es muy importante que las sociedades tengan un modelo administrativo que sirva de forma efectiva a los intereses públicos, y que el ordenamiento jurídico regulador establezca las vías y los pasos pertinentes para hacer que ello se logre. En consecuencia, se vendría a afirmar en un primer plano que la eficacia es uno de los principios básicos de la actuación administrativa, junto al de legalidad, conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución española. Empleando tales presupuestos, la administración debe regirse por normas que prevean las vías de mayor eficacia dentro de sus posibilidades y del respeto al resto del ordenamiento jurídico, especialmente a los principios constitucionales. Los principios aludidos se catalogan, aparte de en el principio de legalidad, en el principio de interdicción de la arbitrariedad, en el principio de objetividad, en el principio de igualdad ante la ley, en la libertad de concurrencia, en el control del gasto público, en la publicidad y transparencia, en el acceso a la función pública conforme a los criterios de mérito y capacidad, en la participación de los interesados en la adopción de las decisiones administrativas, y en el respeto, promoción y protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Sin embargo, aun aceptando que no haya una reserva general de derecho administrativo, hay reservas parciales y límites y principios que, sea cual sea la legislación que regule la actividad administrativa, se deben garantizar en todo caso.¹⁵

Sin embargo, los cambios no quedan aquí. También se constata la existencia de una modificación en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y a los actos políticos o de gobierno y de su control por los tribunales. En resumen, se trata de un derecho administrativo “menos nacional, más garante y menos prestador, más democrático en unos aspectos y menos en otros, sometidos a un régimen jurídico que le concede mayores espacios de libertad”.¹⁶ Desde el punto de vista apuntado, el reto es alcanzar el desenvolvimiento de un entramado jurídico y político-institucional que pueda hacer frente a los obstáculos de la nueva sociedad global. De modo que es preciso crear nuevas estructuras políticas y administrativas que dispongan

¹⁵ Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., pp. 108 y 117.

¹⁶ Cfr., Alli Aranguren, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Civitas, 2004; Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 184 y ss. y 207.

de un alcance planetario para regular los mercados globales y hacer que las normas se cumplan por los agentes económicos.¹⁷

En esta línea, no sería plausible eliminar la idea de que los poderes públicos deben asumir la iniciativa de efectuar medidas que logren la igualdad real mediante políticas redistributivas que superen las fronteras nacionales y reduzcan las desigualdades en el mundo globalizado. La dirección que se debería seguir, a mi parecer, pues, es la de potenciar más la solidaridad y menos la competencia; ello es urgente, ya que el mercado no puede arreglar la situación por sí solo.¹⁸ Si bien el que los diseños y planteamientos sean globales no significa que hablemos de una uniformización absoluta, sino todo lo contrario. Tanto la administración como el derecho administrativo deben tener en cuenta las particularidades locales, y remitirse a las instancias de decisión y ejecución que más cerca estén de los ciudadanos, por ser materias de dimensión e interés local.¹⁹

Una última consideración es que se podría entrar a valorar también el ámbito del derecho administrativo como autorregulación regulada. Ésta viene representando una especie dentro del género de la desregulación, consistente en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de que tales normas cumplan fines de interés general. Con tal visión, la característica de la autorregulación regulada reside en la cooperación entre el Estado y los sujetos económicos privados, que tiene como fin el cumplimiento más eficaz y eficiente de los intereses generales.²⁰

III. LA CONSECUICIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

De lo hasta ahora reflexionado se deduce que el *interés* es la noción que sirve para denotar la adaptación o inadaptación efectiva de los diversos compo-

¹⁷ Bradley, A. W. y Ewin, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, Essex, Pearson Education Limited, 2007, pp. 419 y ss.; Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 210 y 211.

¹⁸ Desdentado Daroca, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., pp. 142 y 143.

¹⁹ Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, cit., pp. 208-214 y 220; y sus remisiones a las obras de Ferrajoli, L., *El futuro de la paz*; Beck, U., *Qué es la globalización*; Delmas-Marty, M., *Trois défis pour un droit mondial*, y Stiglitz, J. E., *El malestar en la globalización*.

²⁰ Marcilla Córdoba, G., “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, núm. 28, 2005, pp. 246-248.

nentes de una relación jurídica, y de ella a los diversos supuestos de la realidad. Corrigiendo la generalidad de las fórmulas de la estructura sin reemplazarlas, las dota de un contenido concretizador y nos da a conocer a cuál de las partes se la puede, o debe, dar la razón.

Por tanto, si realizamos una división clásica en dos compartimentos estancos, el elemento de la relevancia, que en apariencia es excesivamente radical, demuestra que en realidad lo único que se produce es una mayor o menor trascendencia pública de las garantías jurídicas, siendo sumamente difícil concebir una hipótesis de un interés individual que no tenga alguna consecuencia de este tipo. En este orden de ideas, podemos sostener que, puesto que el mundo exterior posee un valor, constituye un bien y, en cuanto es objeto de una tendencia o de una aspiración de la persona hacia él, constituye un interés.²¹

Sin embargo, estos criterios son deficientes o, al menos, no son los únicos que interesan ni a los ciudadanos ni al propio legislador. En el nuevo contexto, a ellos les preocupa cada vez más la efectividad de las normas, porque el legislador no las dicta con el simple propósito de modificar o reafirmar los comportamientos (o los sentimientos, en las simbólicas) de los ciudadanos. Para el legislador, los comportamientos son medios para alcanzar un estado de cosas, por lo que la norma pueda ser eficaz (obedecida), pero inefectiva (no consigue el objetivo perseguido). La eficacia tiene que ver con la actitud positiva o negativa que ante la misma adopten los ciudadanos; y la efectividad depende de que quien haya tomado la decisión normativa haya establecido correctamente la relación causal entre la conducta que se demanda a los ciudadanos y el resultado que se persigue.

En este apartado creo necesario, por tanto, desglosar lo que significa el término *eficacia*, que es sumamente ambiguo, pudiendo seguirse dos clases de criterios: a) la conexión entre el derecho como técnica de control social y las conductas que llevan a cabo los sujetos, y b) el nivel de incidencia de las normas en las conductas de los sujetos. Con relación al primero, la correspondencia citada es un aspecto de la relación semántica entre un contenido de proposiciones y un estado de cosas. En lo atinente al segundo, la relación implica que existe un sistema normativo, no pudiendo definirse la eficacia

²¹ Desde un punto de vista lingüístico, véase Casares, J., "Interés", *Diccionario ideológico de la lengua española*, Barcelona, G. Gili, 1992. Habermas delimita el sentido filosófico del término al afirmar que "el interés presupone una necesidad o genera una necesidad" (*cfr.* Habermas, J., *Conocimiento e interés*, trad. de M. Jiménez Redondo, Valencia, Universidad de Valencia, 1995). Y, desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, véase Heck, P., *El problema de la creación del derecho*, prólogo de J. Puig Brutau, trad. de M. Entenza, Granada, Comares, 1999, pp. 60 y ss.

en el nivel de correspondencia entre acciones y prescripciones, integrando, a su vez, las condiciones precisas de la existencia del sistema.²²

Debido a todo lo que acabamos de decir, se podrían alcanzar, con palabras de P. E. Navarro y C. Redondo, una serie de conclusiones: *a*) un concepto de eficacia que sea útil en el ámbito de la teoría general del derecho se ha de relacionar de forma lógica con el concepto de prescripción; *b*) el punto de enlace entre eficacia y prescripción precisa, además de la correspondencia, un elemento contrafáctico en cuanto a la incidencia de los sistemas normativos; *c*) la conceptualización de la eficacia en relación con los enunciados de correspondencia no expresa la naturaleza normativa de los sistemas jurídicos, y *d*) la unión del concepto de eficacia con los motivos de los sujetos sirve como criterio valorativo de la actuación de los sistemas jurídicos, manifestando que aquella cuestión no se desenvuelve con una concienciación de la situación de las cosas en su adecuación a los contenidos normativos.²³

Un último parámetro con el que los ciudadanos juzgan cada vez más las normas es el de la eficiencia. En un contexto de escasez, el legislador racional ha de perseguir los resultados deseados al menor coste posible; “gobernar mejor con menores costes” es una exigencia de los ciudadanos de cualquier país si es verdad que la eficiencia es una condición, aunque deficiente, de la justicia.²⁴ El jurista tradicional se ha ocupado poco de la eficacia de las normas, y muy raramente de su efectividad y eficiencia, pese a ser parámetros de necesaria consideración, y cuyas diferencias no ha destacado suficientemente la ciencia jurídica. Centrado en el estudio de la validez de la norma, y como mucho de su eficacia, no ha prestado atención a que la posible quiebra de este mecanismo de control social que es el derecho no proviene sólo, ni fundamentalmente, del grado de obediencia o desobediencia, sino de la sospecha que se ha instalado en nuestras sociedades de que las normas son, a veces, escasamente efectivas, así como del temor a que sus costes no se conozcan o que, cuando se sepan, superen las ventajas prometidas. En suma, aunque no hay que perder de vista que detrás de tales críticas suele haber un intento de justificar políticas neoliberales de

²² Navarro, P. y Redondo, M. C., *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 2000, pp. 22 y ss.; Zapatero, V. y Garrido Gómez, M. I., *El derecho como proceso normativo. Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2007, pp. 20 y 21.

²³ Navarro, P. y Redondo, M. C., *Normas y actitudes normativas*, *cit.*, pp. 29 y 30.

²⁴ Calsamiglia, A., “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 69 y ss. Sobre el tema de la eficiencia, véase Calsamiglia, A., “Eficiencia y derecho”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 267-287; Hierro, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 63 y ss.

desregulación, crece la sospecha de que el derecho es un instrumento de control social demasiado tosco y costoso, que no siempre proporciona lo que se le pide, y que lo que aporta puede resultar bastante caro.

Pero no todo queda aquí, sino que, cuando hablamos de la eficacia o de la eficiencia, nos referimos a sus efectos y consecuencias, a pesar de la diferencia que hay entre ambos conceptos. En tal sentido, pienso que es subrayable la postura de Nino, quien aprecia que hay una cierta correspondencia entre ambos conceptos dentro la norma jurídica en el supuesto de que su cumplimiento desemboque en una suma agregada de mayor nivel en la satisfacción de preferencias, descontentando la frustración de preferencias. Siendo relevante en este punto la idea de que Nino identifique a la eficacia con la anomia y, singularmente, con la que afecta a valores trascendentales del Estado de derecho.²⁵

En vista de lo aducido, en el caso de que partamos de la eficacia como un principio jurídico consagrado en el artículo 103 de la Constitución española, se establece la consecución en cada momento histórico del interés general y de su efectividad. Y hablamos de interés general como “la aglutinación de intereses, valores o bienes concretos susceptibles de ser protegidos”. Sin embargo, para realizar satisfactoriamente el mandato previsto en el artículo 103 se ha de ponderar, evaluar y analizar el coste-beneficio de algunas reglas, analizando cuál de las decisiones es la que optimiza el objetivo/objetivos que se ha/han de conseguir. Por consiguiente, si queremos superar la mera eficacia y alcanzar también la eficiencia, hemos de tener en cuenta que, aparte de entender que algo ha de ser realizable, también ha de haber alcanzado todas las metas para llegar a desplegar la mejor decisión con los programas de financiación y periodicidad presupuestaria.²⁶

Más ahora el Estado tiene que desarrollar su vida dentro de unos parámetros cada vez más complejos, y a él le corresponde asegurar la mejor regulación posible en el ámbito social por medio del derecho y de las políticas públicas, siendo sus funciones más acuciantes las de hacer que mejore el funcionamiento del mercado, la promoción de la igualdad y la protección de los trabajadores vulnerables.²⁷

²⁵ Nino, C. S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Ariel, 2005, pp. 35 y ss.

²⁶ Montoro Chiner, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 81.

²⁷ Arnaud, A.-J. y Fariñas Dulce, M. J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, cit., p. 282.

IV. LOS LÍMITES A LA ADMINISTRACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

La versión que hemos estado analizando hasta ahora del modelo de protección del interés general por parte de la administración y del derecho administrativo conduce a que lo primero que se deba tener en cuenta sea el control de los hechos determinantes, pues toda acción discrecional de la administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse.²⁸ Las resoluciones de la administración se deben diferenciar por estar sometidas al principio de legalidad, y por ser discrecionales, consecuentemente, la cuestión es saber encontrar un plano intermedio en el que se respeten los dos principios. Con este objeto, se ha precisado que el margen de discrecionalidad para que haya eficacia ha de usarse con arreglo a los fines que persiga la actividad, de forma que son atacables los actos que, llevándose a cabo en el seno de los poderes que la ley reconoce, se dirijan a un fin que sea distinto del que en principio se determinó, figura que se conoce con el nombre de *desvío de poder*, o supongan una medida innecesaria o desproporcionada para alcanzar esos fines; es decir, *exceso de poder*.²⁹

De la misma manera, se establecen una serie de requisitos que se deben cumplir, siendo el primero el de la motivación de las decisiones adoptadas, para impedir el capricho o la pura subjetividad del órgano que las dicta, aunque tal motivación puede ser sucinta siempre que sea suficientemente indicativa. Otro requisito es el de la justificación objetiva; esto es, las decisiones tienen que venir respaldadas por los datos objetivos sobre los que operan, ya que en los actos discrecionales, al concurrir cierta libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la actuación decisional, lo que hace que la administración haya de aportar todo el material probatorio que acredite que aquéllas se apoyan en una realidad fáctica garante de la legalidad y la oportunidad, sin olvidar la congruencia con los motivos y fines. Además de que la presunción de legalidad de los actos administrativos pretende garantizar su ejecutabilidad y evitar que, dada la oposición de un particular, se produz-

²⁸ García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 31-49; *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 2000.

²⁹ Barry, N. (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*, Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar Cheltenham, 1998; Latorre Segura, A., *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 167 y 168.

ca su paralización trasladando al afectado la carga de impugnarlos y de promover el proceso.³⁰

Pues bien, en la discrecionalidad administrativa plena la administración debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico para desarrollar sus actividades, pero puede suceder que, adjuntamente a la autorización, la faculte para decidir la solución que crea más conveniente en aras del interés público. Satisfacción que constituye uno de los fines del Estado y que justifica la organización administrativa, remitiendo a su estimación las condiciones que no sean regladas y estén enfocadas a la integración del supuesto de hecho, al contenido dentro de los límites de la decisión aplicable o a los dos elementos. Por tanto, el dato decisivo que plantea una potestad discrecional de esta categoría se apoya en las materias de naturaleza política sobre las que se ha de actuar según criterios de conveniencia y oportunidad.³¹

Como sabemos, un elemento limitador es el del control ejercido a través de los principios generales del derecho, comprendidos como condensación de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que en el caso de España son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1.1 de la CE). En este espacio, el mandato de los principios recae en imponer un genérico deber negativo que prohíbe actuar en contra del valor que consagran, pues no pueden crear obligaciones ni otorgar derechos subjetivos típicos o activos. En tal sentido, en cuanto a lo que se refiere a las administraciones públicas, éstas no pueden ejercer acción alguna si la ley vigente no ha delimitado antes los supuestos de hecho en los que puede ejercer como poder público que es, en razón de que la configuración del régimen de atribución de potestades con arreglo al principio de legalidad precisa que se determinen *a priori* los supuestos fácticos en los que la administración posee competencia. Mas, a mi juicio, el esquema anterior debe superarse, porque concurren otras razones de índole práctica. Dentro de esa explicación, se sitúa la imposibilidad material de satisfacer todas las pretensiones que se legitiman, en que la comunidad considera valioso que el Estado garantice la realización de un fin.³²

Hoy, con la vigencia de los Estados constitucionales de derecho, el tradicional principio de legalidad que regía la libertad del ciudadano y la acción

³⁰ Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 82-92.

³¹ Alessi, R., *Principi di diritto amministrativo*, Milán, 1971, t. I. pp. 198 y ss.; García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, t. I, pp. 478 y ss.; Sáinz Moreno, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 347 y ss.

³² Beladéz Rojo, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 84-88.

de la administración ha cambiado también. En cualquier caso, la labor encomendada no es la misma que antaño, advirtiéndose que la administración pública suele ser la gran realizadora de la política social. Sin embargo, desde hace tiempo, las cada vez más abundantes necesidades y la desproporción de los recursos han inducido a ciertos replanteamientos, barajando principios de solidaridad e igualdad, evaluados según el grado de desarrollo de la libertad que posibiliten, promoviendo la participación y la vinculación de los sujetos y de los grupos como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales en los aspectos sociales que les afectan.

Congruentemente, el debate de la acción administrativa se encamina hacia la redefinición y fijación de límites para establecer un nivel mínimo de protección, que consiste en la prestación de los servicios indispensables para la integración en la sociedad y el apoyo a la promoción del bienestar. En suma, la polémica recae en que no hay un único camino de colaboración entre lo público y lo privado en las sociedades avanzadas, y en que las formas de colaboración responden a pautas culturales e institucionales que sobrepasan las fronteras de los Estados.³³

En este marco, y con la consideración de los enunciados anteriores, se supera la labor meramente garantizadora de antaño y se asumen tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. Esa labor gestora requiere aparatos organizativos que efectúen las tareas según su propia lógica, determinada, como nos ilustra Zagrebelsky, por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento e intereses sindicales de los empleados, por no hablar de las reglas informales que vienen dadas por los partidos políticos. A esto es a lo que se llama *legislatividad de la organización*,³⁴ la cual, en razón de la dificultad que supone regular previamente la actuación administrativa, ha de permitir programaciones concertadas, negociadas y flexibles.

La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la administración es materialmente imposible por la falta de conocimiento especializado. Cuanto mayor sea la pretensión reguladora, mayores serán los espacios de autorregulación.³⁵ En este caso, nos topamos también con regu-

³³ Garrido Gómez, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 137-141.

³⁴ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, Madrid, Trotta, 2009, pp. 34 y 35.

³⁵ Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2002, pp. 26-29; MacLauchlan, H. W., "Public Service Law and the New Public Management", en Taggart, M. (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, pp. 118 y ss.

laciones paralelas a los derechos estatales, a título ilustrativo, las que provienen de la sociedad civil cuyo principal ejemplo es la *lex mercatoria*.³⁶

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desglosados los aspectos precedentes, se obtienen las ideas de que el interés jurídico se desenvuelve con base en una vinculación a conceptos jurídicos en apoyo de los derechos subjetivos y de las obligaciones. Las razones para entender lo jurídicamente relevante son una conjunción de factores éticos, culturales, sociales, políticos, económicos, espaciales o temporales, cuya valoración se caracteriza por su mutabilidad.³⁷ Desde esta posición, las demandas de derechos que poseen una naturaleza social o política son reformulables en muchas ocasiones en términos de violación individualizada y concreta de un derecho personal y con una víctima determinada. No obstante, se advierte que, aun en el supuesto de que el caso no tenga naturaleza colectiva, sí lo habrán de tener sus efectos, por lo que también en estos casos se ha de comprender que la actuación judicial tiene el sentido de garantizar de alguna manera cierta forma participativa en la esfera política.³⁸

De ese modo, llevando a cabo un intento clasificador, Abramovich establece una catalogación de casos en: aquellos que consisten en las intervenciones judiciales que tienden a juridificar decisiones de política pública asumidas por el Estado, sin entrar en la valoración de la propia política pública; las situaciones consistentes en que el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por lo tanto, su adaptabilidad para satisfacer el derecho en cuestión. Dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales, un elemento básico para el éxito radica en la posibilidad de articular los distintos campos, de forma que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas públicas o las situaciones sociales que se encuentran en la raíz de todo el conflicto. Un tercer tipo puede centrarse en las situaciones en las que el Poder Judicial se ve forzado a tomar una decisión ante la no acción del resto de los poderes públicos, esto siempre que

³⁶ Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., pp. 129 y ss.

³⁷ Fre, M., *Schemi giuridici e rapporti d'interessi*, Padua, 1972, p. 15; Guasp, J., *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 272 y ss.; Ornaghi, L., *Il concetto di interesse*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 30 y ss.; y, más recientemente, Añón Roig, M. J. y García Añón, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 130 y 131.

³⁸ Abramovich, V., "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", *Estudios Socio-jurídicos*, núm. 9 (número especial), abril de 2007, pp. 10-13.

el tribunal verifique que sólo hay una medida posible para ser adoptada, y, por eso, que se produzca una falta de alternatividad al respecto. Y una cuarta variante de intervención judicial se mantiene cuando sólo se limita a declarar que la omisión del Estado es legítima sin disponer ninguna medida de reparación.³⁹

Con los referentes citados, la conclusión a la que se llega es que debe haber un trabajo conjunto y complementario en el que la acción de los poderes no sea aislada, sino que esté en permanente combinación. Estas estrategias legales complementarias tienen como punto de partida un enfoque procedimental. En consecuencia, dice Abramovich que “no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta a derechos, sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de administración”.⁴⁰

Sin embargo, siendo realistas, fuera de que el derecho administrativo conforme o no un ordenamiento autónomo, sus normas se dirigen a la expansión de la organización económica capitalista y a la desaparición de las fronteras, refiriéndose a los flujos financieros o al mercado de bienes y servicios. Así pues, desde los parámetros aducidos lo que he tratado de poner de manifiesto es que cada vez se estrechan más las fronteras entre los derechos públicos y privado, y se percibe cómo las administraciones públicas recurren progresivamente al derecho privado. En definitiva, mi pretensión ha sido mostrar que en las dos esferas preocupan los mismos temas: la participación de los interesados, el acceso de los ciudadanos, los costes que imponen y su control por el Parlamento. Mas la pregunta de hasta dónde puede llegar tal sistema privado es difícil de constatar, observándose que el control estatal se está perdiendo, y que los conflictos que se presentan en la administración y en el derecho administrativo son significativos.⁴¹ Pero, aun así, creo que ha de quedar claro que ambos tienen mucho que hacer en la protección del interés general.

³⁹ *Ibidem*, pp. 17 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁴¹ Aman, A. C. Jr., “The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law. From Government to Governance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, núm. 8, 2001, pp. 379 y ss.; Baker, G. y Chandler, D. (eds.), *Global Civil Society. Contested Futures*, Londres-Nueva York, Routledge, 2005; Mir Puigpelat, O., *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, *cit.*, pp. 240 y ss.